تقرير القواعد وتحرير الفوائد

لِلإمامِ العلّامةِ أبي الفرجِ عبدِ الرّحمنِ بنِ أحمدَ بنِ رجبٍ البغداديِّ الحنبليِّ (ت: ٧٩٥هـ)

قُوبِلَ على نُسختينِ مقروءتينِ على المُصنِّفِ وخمسِ نُسخٍ أُخرى

ومعهُ حاشيةٌ نفيسةٌ لتلميذِهِ العلّامةِ

مُحبِّ الدِّينِ أحمدَ بنِ نصرِ اللهِ البغداديِّ (ت: ٨٤٤هـ)

وغيرِها من حواشي علماءِ المذهبِ

المجلَّدُ الأوَّلُ

تحقيق

أ. د. خالد بن علي المشيقح

د. عبد العزيز بن عدنان العيدان

د. أنس بن عادل اليتامى

طبع بتمويل

دار الأمل

ثوابًا للمبارك عبد العزيز الحساوي رحمه الله

وبدرية محمد الخشتي حفظها الله ووالديهما



ح دار اطلس الخضراء، ١٤٤٠ هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الحنبلي، ابن رجب
تقرير القواعد وتحرير الفوائد./ ابن رجب الحنبلي؛ خالد علي المشيقح؛
عبدالعزيز العيدان؛ انس عادل اليتامى. ـ الرياض، ١٤٤٠هـ
٥٦٠ ص؛ ١٧ × ٢٤ سم
ردمك: ٦ ـ ٠ ـ ٩١١٩٩ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨
١ ـ القواعد الفقهية   ٢ ـ الفقه الحنبلي   أ. المشيقح خالد علي (محقق)
ب. العيدان، عبدالعزيز (محقق)   ج. اليتامى، انس عادل (محقق)
د. العنوان
ديوي: ٢٥١،٦   ١٤٤٠/٤١١٧

رقم الإيداع: ١٤٤٠/٤١١٧
ردمك: ٦ ـ ٠ ـ ٩١١٩٩ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨



rakaez.kw@gmail.com

الطبعة الأولى
١٤٤٠ هـ ـ ٢٠١٩م

دار أطلس الخضراء
للنشر والتوزيع
المملكة العربية السعودية ـ الرياض
هاتف: ٤٢٦٦١٠٤ / ٤٢٦٦٩٦٣، فاكس: ٤٢٥٧٩٠٦
www.facebook.com/DARATLAS
twitter: @ dar-atlas
dar-atlas@hotmail.com

تقرير القواعد وتحرير الفوائد

١

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وبه نستعين

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، ونشهد ألا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.

أما بعد؛

فإن معرفة القواعد الفقهية والمسائل المنتظمة تحتها من أهم ما ينبغي على طالب علم الفقه تقليب نظره فيه، وذلك أن «القواعد تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنثور في سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك»[(١)].

وإن من أعظم ما كُتب في هذا العلم في سائر المذاهب الفقهية؛ كتاب الحافظ الإمام الفقيه الزاهد شيخ الحنابلة وعلامة المحدثين؛ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، في كتابه المشهور: «**تَقْرِيرِ القَوَاعِدِ وتَحْرِيرِ الفَوَائِدِ**»، فقد أجاد فيه وأفاد، حتى قيل إنه من عجائب الدهر.

(١) المنثور في القواعد (١/ ٦٦)، نقلًا عن قطب الدين السنباطي رَحِمَهُ اللَّهُ.

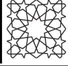
وقد تفضَّل الله الكريم علينا بنسخ خطيَّة لهذا الكتاب تُعد من أنفس النسخ، نسختان منها مقروءتان على الحافظ ابن رجب رحمه الله وعليها خطه، ونسخ أخرى بخطوط تلاميذه وعلماء مذهبه.

وقد تزيَّن الكتاب بحواشٍ وتعليقات كثيرة في نسخه الخطية، منها ما هو بخط الحافظ ابن رجب، ومنها ما هو بخط تلاميذه؛ كعلاء الدين ابن اللحام، ومحب الدين ابن نصر الله البغدادي، ومنها ما هو بخط علماء المذهب بعدهم؛ مثل تلميذ ابن نصر الله البغدادي؛ عبد الله ابن هشام الأنصاري الحنبلي، وأحمد بن عبد العزيز الفتوحي، وإبراهيم ابن ضويان، وغيرهم، فانكشف بتعليقاتهم كثيرٌ مما أُغلق من القواعد، واتضح بعض ما أَشكل من كلام الحافظ ابن رجب، ومنها ما هو استدراك عليه، أو اعتراض، أو توضيح وبيان، أو غير ذلك.

فلما رأينا أن الكتاب بحاجة إلى إعادة إخراج وتحقيق، وأن جُلَّ هذه الحواشي - خاصة حاشية ابن نصر الله - لم تخرج من قبل، وأن الكتاب بحاجة إلى أن يكون بين يدي القارئ بهيئة مرضية، وقراءة صحيحة؛ عزمنا جهدنا على العمل بتحقيقه وخدمته، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وما كان من اجتهاد خاطئ فمنَّا ومن الشيطان، ونرجو من الله العفو والغفران، ومن القارئ النصح والبيان.

والحمد لله رب العالمين

المحققون



ترجمة المؤلف[١]

اسمُه ونسبُه:

هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب - واسمه عبد الرحمن - بن الحسين بن محمد بن مسعود، زين الدين، أبو الفرج، البغدادي ثم الدمشقي.

اشتهر رَحِمَهُ ٱللَّهُ بـ: ابن رجب، و(رجب) هو لقب جدِّه عبد الرحمن.

---

(١) مصادر الترجمة:
- الرد الوافر، تأليف: ابن ناصر الدين الدمشقي الشافعي، مطبوع عن المكتب الإسلامي - بيروت، (ص ١٠٦).
- الدرر الكامنة، تأليف: الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مطبوع عن مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد/ الهند، (٣/ ١٠٨).
- إنباء الغمر بأبناء العمر، تأليف: الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مطبوع عن المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، مصر، (١/ ٤٦٠).
- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تأليف: برهان الدين إبراهيم ابن مفلح، مطبوع عن مكتبة الرشد - الرياض، (٢/ ٨١).
- شذرات الذهب، تأليف: ابن العماد الحنبلي، مطبوع عن دار ابن كثير، دمشق، (٨/ ٥٧٨).
- لحظ الألحاظ بذيل طبقات الحفاظ، تأليف: ابن فهد الهاشمي المكي الشافعي، مطبوع عن دار الكتب العلمية، (ص ١١٨).
=

مولدُه، ونشأتُه، ورحلاتُه، وعلمُه:

ولد ابن رجب في بغداد سنة ٧٣٦ هـ، ونشأ في أسرة علمية ذات دين وخُلق وسمتٍ صالح، فقد كان أبوه وجده من العلماء المحدثين، وكان لأبيه عناية بالعلم، وقد اجتهد في تعليم أولاده - بما فيهم الحافظ ابن رجب - وهم صغار والرحلة بهم للقاء المحدثين والمسندين.

وقد طلب الحافظ ابن رجب العلم في سن مبكرة، قبل البلوغ، وسمع الحديث قبل سن الخامسة، وأجازه العلماء والمحدثون وهو

= - الجوهر المنضد في طبقات متأخري أصحاب أحمد، تأليف: يوسف بن حسن ابن عبد الهادي الصالحي، ابن المِبْرَد الحنبلي، مطبوع عن مكتبة العبيكان، الرياض، (ص ٤٦).

- الشهادة الزكية في ثناء الأئمة على ابن تيمية، تأليف: مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، مطبوع عن دار الفرقان - بيروت، (ص ٤٩).

- مختصر طبقات الحنابلة، تأليف: الشيخ محمد جميل البغدادي المعروف بابن شطي، مطبوع عن دار الكتاب العربي في بيروت، (ص ٧١).

- السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، تأليف: محمد بن عبد الله بن حميد النجدي ثم المكي، مطبوع عن مؤسسة الرسالة، (٢/ ٩٠٢)، ترجمة رقم: (٢٩٦).

- تسهيل الوابلة لمريد معرفة الحنابلة، تأليف: صالح بن عبد العزيز العثيمين، مطبوع عن مؤسسة الرسالة، (٣/ ١٥٦٧)، ترجمة رقم: (٢٦٤٣).

- هدية العارفين، تأليف: إسماعيل بن محمد أمين بن مير، مطبوع عن دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان، (١/ ٥٢٧).

- معجم المؤلفين، تأليف: عمر بن رضا كحالة، مطبوع عن مكتبة المثنى في بيروت، (٥/ ١١٨).

صغير، وارتحل به والده إلى دمشق وهو صغير أيضًا وسمع فيها من كبار المحدثين آنذاك؛ كابن النقيب، والسبكي، والنووي، وغيرهم.

ثم رجع مع والده إلى بغداد وسمع من شيوخها وعلمائها، ولازمهم وقرأ عليهم.

ثم حج مع والده والتقى في الحج بجماعة من الشيوخ، ثم رجع إلى دمشق ولازم ابن قيم الجوزية سنة كاملة حتى مات سنة (٧٥١هـ).

وارتحل إلى مصر، والتقى بشيوخها وعلمائها، وحج مرة أخرى والتقى بالعلماء أيضًا.

قال ابن حجر: (ورافق شيخنا زين الدين العراقي في السماع كثيرًا).

ثم استقر في دمشق عاصمة العلم آنذاك، ودرَّس وصنَّف، وولي حلقة شيخه ابن قاضي الجبل، وهي حلقة الثلاثاء، ودرَّس بالمدرسة الحنبلية، وتخرَّج عليه العلماء والفضلاء، رحمه الله رحمة واسعة.

قال ابن مفلح: (وكان لا يعرف شيئًا من أمور الناس، ولا يتردد إلى أحد من ذوي الولايات، وكان يسكن المدرسة السكرية بالقصاعين).

وكان ابن رجب رَحِمَهُ اللَّهُ له اطلاع واسع في مذهبه - مذهب الإمام أحمد -، وكتابه هذا من أدل ما يكون على ذلك الاطلاع، قال ابن قاضي شهبة لما ذكر مصنفاته: (والقواعد التي له تدل على معرفته بالمذهب)، وقد اعتمده المرداوي في الإنصاف من ضمن الكتب التي

يُعرف بها راجح المذهب، قال ابن المبرد: (وله تحقيق في المسائل على نصوص أحمد، وكلام الأصحاب، وله مسائل كثيرة غريبة).

وكان له اطلاع واسع في علم الحديث وعلله وطرقه لا يقل عن علمه بمذهب الإمام أحمد، قال الحافظ ابن حجر: (ومهر في فنون الحديث أسماء ورجالًا وعللًا وطرقًا واطلاعًا على معانيه، صنف شرح الترمذي فأجاد فيه في نحو عشرة أسفار، وشرح قطعة كبيرة من البخاري، وشرح الأربعين للنووي في مجلد)، ونقل عن ابن حجي أنه قال: (أتقن الفن، وصار أعرف أهل عصره بالعلل وتتبع الطرق).

مشايخه:

أخذ العلم سماعًا، وإجازة، وقراءة، ومدارسة عن جماعة من العلماء والمحدثين، فمن هؤلاء:

١- أبو العباس، أحمد بن الحسن بن عبد الله، المشهور بابن قاضي الجبل (٧٧١ هـ).

٢- أبو العباس، أحمد بن سليمان الحنبلي.

٣- عز الدين، عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة (٧٦٧ هـ).

٤- صفي الدين، عبد المؤمن بن عبد الحق بن عبد الله البغدادي الحنبلي (٧٣٩ هـ).

٥- أبو يعلى، حمزة بن موسى بن أحمد بن بدران، المعروف بابن شيخ السلامية (٧٦٩ هـ).

٦- سراج الدين، عمر بن علي بن عمر القزويني (٧٥٠ هـ).

٧- شمس الدين، محمد بن أبي بكر الزرعي، المعروف ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ).

وغيرهم من المحدثين والفقهاء والمؤرخين والمسندين.

تلاميذه:

أخذ عنه جمع من أعيان العلماء، منهم:

١- أبو العباس، أحمد بن أبي بكر الحموي الحنبلي، ويعرف بابن الرسام (٨٤٤ هـ).

٢- محب الدين، أحمد بن نصر الله بن أحمد بن محمد بن عمر البغدادي، مفتي الديار المصرية (٨٤٤ هـ).

٣- زين الدين عبد الرحمن بن سليمان بن أبي الكرم الحنبلي المعروف بأبي شعر (٨٤٤ هـ).

٤- علاء الدين أبو الحسن، علي بن محمد بن عباس البعلي، المعروف بابن اللحام (٨٠٣هـ).

٥- علاء الدين أبو المواهب، علي بن محمد الحموي الحنبلي، المعروف بابن المغلي (٨٢٨ هـ).

وغيرهم من العلماء والمحدثين والشيوخ، قال ابن حجي: (تخرج به غالب أصحابنا الحنابلة بدمشق).

ثناء العلماء عليه:

أثنى على الحافظ ابن رجب جماعة من العلماء، من تلاميذه وغيرهم، فمن ذلك:

قال شمس الدين ابن ناصر الدين الدمشقي: (الشيخ الإمام، العلامة، الزاهد، القدوة، البركة، الحافظ، العمدة، الثقة، الحجة، أوعظ المسلمين، مفيد المحدثين)، ونقله عنه الشيخ مرعي الكرمي رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقال ابن قاضى شهبة: (الشيخ الإمام، العلامة، الحافظ، الزاهد، الورع، شيخ الحنابلة وفاضلهم، أوحد المحدثين)، ثم قال بعد كلام في ترجمته: (وبالجملة فلم يخلف بعده مثله).

وقال تلميذه علاء الدين البعلي المعروف بابن اللحام: (سيدنا، وشيخنا، الإمام، العالم، العلامة، الأوحد، الحافظ، شيخ الإسلام، مجلي المشكلات، وموضح المبهمات)، وقال أيضًا: (شيخنا الإمام، العالم، الحافظ، بقية السلف الكرام، وحيد عصره، وفريد دهره، شيخ الإسلام).

وقال ابن المبرد: (الشيخ الإمام، أوحد الأنام، قدوة الحفاظ، جامع الشتات والفضائل، الفقيه الزاهد البارع، الأصولي، المفيد، المحدث).

وقال ابن فهد المكي: (الإمام الحافظ الحجة، والفقيه العمدة، أحد العلماء الزهاد، والأئمة العباد، مفيد المحدثين، واعظ المسلمين

. . . . كان رَحِمَهُ ٱللَّهُ إمامًا ورعًا زاهدًا، مالت القلوب بالمحبة إليه، وأجمعت الفرق عليه، كانت مجالس تذكيره الناس عامة نافعة، وللقلوب صادعة).

وقال برهان الدين ابن مفلح: (الشيخ العلامة، الحافظ، الزاهد، شيخ الحنابلة).

وسماه المرداوي في مواطن من الإنصاف بـ (العلامة ابن رجب).

مصنفاته:

للحافظ ابن رجب رَحِمَهُ ٱللَّهُ مصنفات كثيرة نافعة، منها ما هو كبير، ومنها ما هو صغير، قال ابن العماد الحنبلي: (له مصنفات مفيدة ومؤلفات عديدة)، وغالبها مطبوع، ومنها ما هو مفقود، ومن تلك المصنفات:

١- "فتح الباري في شرح البخاري"، شرح منه إلى كتاب الجنائز، وهو مطبوع.

٢- "شرح الترمذي"، وقد احترق غالب ما عمله عليه في الفتنة، وقد وُجدت منه قطعة صغيرة، ووجد شرحه على كتاب العلل من الجامع، وهما مطبوعان.

٣- "لطائف المعارف فيما لمواسم العام من الوظائف"، وهو مطبوع.

٤- "ذيل طبقات الحنابلة"، ذيَّله على طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى، وهو مطبوع.

٥- "صفة الجنة وصفة النار"، وهو مطبوع.

٦- "الرد على من اتبع غير المذاهب الأربعة"، وهو مطبوع.

٧- "جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلم"، وهو مطبوع.

٨- "ذم قسوة القلب"، وهو مطبوع.

٩- "فضل علم السلف على الخلف"، وهو مطبوع.

١٠- "تقرير القواعد وتحرير الفوائد"، وهو كتابنا هذا.

وغيرها من المصنفات في الحديث والرقائق والفقه، قال ابن قاضي شهبة: (وغير ذلك من المصنفات الكبار والصغار).

وفاته:

توفي ليلة الاثنين رابع رمضان، سنة (٧٩٥هـ) بأرض الحميرية بدمشق، ببستان كان استأجره، وصُلي عليه من الغد، ودفن بباب الصغير إلى جانب قبر الشيخ أبي الفرج الشيرازي، وكانت له جنازة عظيمة كما قال أحد تلميذه فيما سطَّره على طرة مخطوط القواعد، رحمه الله رحمة واسعة وأعلى درجته، وأسكنه فسيح جنته.

قال محب الدين ابن نصر الله البغدادي - كما في طرَّة المخطوط المرموز له في طبعتنا بـ (ن) - فيما كتبه بخطه ونقله عنه تلميذه ابن هشام الأنصاري: (ولا أظن - يعني المصنف - بلغ سبعين سنة، ولم أقف على مولده، ولكني قرأت عليه حديث الأولية في سنة ست وثمانين - يعني: وسبعمائة -، وسألته أن يكتب لي خطه بالإجازة،

فامتنع رحمه الله استصغارًا لنفسه عن بلوغ سن الإجازة بالكتابة، وأجازني لفظًا، وكان سنُّه إذ ذاك عن نيف وخمسين سنة فيما أظن).

وما ذكره محب الدِّين البغدادي صحيحٌ، فإن غالب المصادر ذكرت أن مولده سنة (٧٣٦هـ)، ووفاته (٧٩٥هـ)، وعلى هذا فسنُّه لما مات ٥٩ سنة رحمه الله.

ونقل ابن المبرد أنه قرأ في كتابه القواعد، أن ابن رجب رحمه الله قال عند خروج روحه ثلاثين مرة: (يا الله العفو).

التعريف بالكتاب

توثيق نسبة الكتاب:

لا شك في نسبة هذا الكتاب للحافظ زين الدين ابن رجب رحمه الله، إذ إن سائر من ترجم له ذكر له كتاب القواعد، وذكره المصنف في بعض كتبه الأخرى كفتح الباري في مواطن متعددة، ونقل عنه محققو المذهب ممن أتى بعد؛ كتلميذه ابن اللحام البعلي، ومحب الدين ابن نصر الله البغدادي، وعلاء الدين المرداوي في كتابه العظيم الإنصاف، وجعله من جملة ما يُعتمد عليه في تصحيح المذهب، ونقل عنه المتأخرون كالحجاوي في الإقناع، ومرعي في الغاية، ومنصور البهوتي، والخلوتي، وعثمان النجدي، وغيرهم.

إلا أن ثمة كلمة نقلها ابن المبرد عن مجهولٍ؛ شكَّكت في كون الحافظ ابن رجب رحمه الله هو الذي كتب القواعد بنفسه، حيث قال: (وكتاب "القواعد الفقهية"، مجلد كبير، وهو كتاب نافع، من عجائب الدهر، حتى أنه استكثر عليه، حتى زعم بعضهم أنه وجد قواعد مبددة لشيخ الإسلام ابن تيمية فجمعها، وليس الأمر كذلك، بل كان رحمه الله فوق ذلك)[(١)].

(١) الجوهر المنضد ص ٤٩.

وهذا كلام عارٍ عن الدليل، وبعيدٌ أيما بعد عن الصواب، وقد يكون الباعث عليه الجهل أو الحسد، وبيان بطلان ذلك من وجوه:

١- أنها دعوى لا يُعرف قائلها، ولم يذكر عليها دليلًا، والدعاوى إن لم يُقَم عليها بينات؛ أصحابها أدعياء.

٢- أن ناقل هذا الكلام وهو ابن المبرد رَحِمَهُ ٱللَّهُ لم يرتض المقولة وردَّ عليها بقوله: (بل كان رَحِمَهُ ٱللَّهُ فوق ذلك).

٣- أن القارئ لترجمة الحافظ ابن رجب وما كان عليه من الديانة والزهد والتقلل من الدنيا، وكراهيته لذكر الناس، وإمساكه عن الكلام أحيانًا خشية ألا يكون مخلصًا فيه، مع ما ذُكِر عنه من التمكن في فقه الإمام أحمد خاصة وسائر العلوم عامة؛ ما يستحيل معه أن يسرق قواعد لشيخ الإسلام ابن تيمية ثم يقوم بنسبتها لنفسه على أنها من تأليفه؛ فديانته وعلمه ومكانته بل ومروءته تأبى مثل ذلك.

٤- أن كتاب القواعد قد قرأه عليه تلاميذه أكثر من مرة، ونسخوه وعلقوا عليه وبينوه، ومن هؤلاء محب الدين ابن نصر الله البغدادي شيخ الحنابلة في زمانه، وعلاء الدين ابن اللحام البعلي، وغيرهما، ولا يُعرف عن واحد منهم إنكار أن يكون الكتاب لابن رجب، بل صنيعهم صريح في صحة كون الحافظ هو الذي صنعه بيده.

٥- أن الحافظ ابن رجب أورد كلام شيخ الإسلام في مواطن كثيرة جدًّا من كتابه القواعد، وفي كثير من تلك المواطن يعترض عليه، أو يجيب عن استدلاله، أو يخطئه، أو يستشكل عليه، أو يعضد كلامه

بكلام غيره من الأصحاب أو بالروايات الواردة عن الإمام أحمد، ونَفَسه في تلك المواطن هو ذات النفس الذي كُتب فيه كتاب القواعد من قوة التحرير والعبارة والدقة والتخريج والتوجيه.

وغير ذلك من الأمور القاطعة بأن الكتاب من صنعة الحافظ ابن رجب رَحِمَهُ اللَّهُ، ولعل الباعث على قول ما قاله ذلك المجهول هو الحسد؛ فإن الحافظ ابن رجب ألف الكتاب في أواسط العقد الثالث من عمره، أي قبل بلوغه سن الأربعين، ومثل هذا إذا كتب كتابًا يعدُّه من بعده من عجائب الدهر؛ سببًا لحسد غيره عليه والله المستعان، وإنما كتبنا ذلك دفاعًا عن الحافظ ابن رجب، وحفظًا لحقه علينا.

توثيق اسم الكتاب:

جاءت تسمية الكتاب - عند بعض من ترجم للحافظ ابن رجب - باسم: (**القواعد الفقهية**)؛ كابن مفلح في المقصد الأرشد، وابن المبرد في الجوهر المنضد، وابن العماد في شذرات الذهب، وغيرهم، وقد جاء هذا الاسم في بعض النسخ الخطية المتأخرة.

وسماه ابن بدران في المدخل بـ (**القواعد**)، وجاء هذا الاسم في بعض النسخ الخطية المتأخرة أيضًا.

وجاءت تسميته في بعض النسخ الخطية بـ (**قواعد ابن رجب الفقهية**)، وبعضها باسم (**قواعد الإمام ابن رجب في الفقه**)، وغير ذلك من الأسماء.

وسماه ابن رجب في فتح الباري في مواطن متعددة (٥/٢٥٨،

٦/ ١٤٣، ٨/ ١٠، ٩/ ٤٧٣) باسم: (**القواعد في الفقه**)، وجاءت تسميته هكذا في نسخة ابن ضويان المرموز لها عندنا بـ (هـ).

وجاءت تسميته في النسخ المعتمدة الأخرى في تحقيقنا باسم: (**تقرير القواعد وتحرير الفوائد**)، وغالب هذه النسخ - كما سبق بيانه - من خطوط تلاميذ المصنف؛ كعلاء الدين ابن اللحام، وابن العفيف النابلسي، والشباسي، وهو الاسم المكتوب في طرة النسخة المقروءة على المصنف وعليها خطُّه.

وعلى هذا؛ فيكون الاسم المعتمد هو (**تقرير القواعد وتحرير الفوائد**)، وما ذكره ابن رجب في كتابه فتح الباري هو اختصار لاسم الكتاب.

وجاءت زيادات على هذا الاسم في بعض النسخ الخطية، ففي النسخة المقروءة على المصنف زيادة: (في الفقه على مذهب الإمام المبجل أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه).

وفي نسخة الشباسي - المرموز لها بـ (ن) -: (في الفقه على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه وعن أمة مذهبه).

وفي نسخة ابن العفيف التلمساني - المرموز لها بـ (د) -: (على مذهب الإمام المبجل والحبر المفضل أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل رضي الله عنه).

ولا يظهر أن هذه الزيادات من اسم الكتاب؛ للاختلاف بين النسخ

في ذكرها، ولأن ابن اللحام في نسخته ذكر اسم الكتاب في أوله وآخره، واقتصر على الاسم المذكور آنفًا.

مكانة كتاب القواعد، وثناء العلماء عليه:

قال ابن حجر: (و"القواعد الفقهية" أجاد فيه)[١].

وقال برهان الدين ابن مفلح: (و"القواعد الفقهية" تدلُّ على معرفةٍ تامّةٍ بالمذهب)[٢]، وتبعه على هذه الكلمة ابن العماد في شذرات الذهب، وابن بدران في مدخله[٣].

وقال ابن المبرد: (وكتاب "القواعد الفقهيّة" مجلد كبير، وهو كتاب نافع من عجائب الدَّهر)[٤].

وكتب الشيخ سليمان بن حمدان على طرَّة نسخته للقواعد: (هذا الكتاب لو يباع بوزنه ذهبًا لكان البائع مغبونًا)[٥].

وقال الشيخ ابن عثيمين: (لقد حوى من الحُسْن وجَمْعِ المعاني ما به عن غيره تفرد، وصل فيه قواعد بنى عليها من فروع الفقه ما تبدَّد)[٦].

ونقل عنه المرداوي في الإنصاف كثيرًا، وجعله من الكتب المعتبرة

(١) الدرر الكامنة ٣/ ١٠٩.
(٢) المقصد الأرشد ٢/ ٨٢.
(٣) شذرات الذهب ٨/ ٥٧٩، المدخل ص ٤٥٧.
(٤) الجوهر المنضد ص ٤٩.
(٥) محفوظة في مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية برقم (٢١٩٩).
(٦) نيل الأرب من قواعد ابن رجب ص١٥.

في تمييز راجح المذهب، بل ومن الكتب الأولى في تصحيح المذهب، قال في مقدمة الإنصاف: (فالمذهب ما اتفق عليه الشيخان، - أعني المصنف والمجد -، أو وافق أحدهما الآخر في أحد اختياريه، - وهذا ليس على إطلاقه، وإنما هو في الغالب -، فإن اختلفا، فالمذهب مع من وافقه صاحب «**القواعد الفقهية**»، أو الشيخ تقي الدين، وإلا فالمصنف، لاسيما إن كان في «الكافي»، ثم «المجد».... فإن لم يكن لهما ولا لأحدهما في ذلك تصحيح؛ **فصاحب «القواعد الفقهية»**)[1].

ثم إن الحافظ ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ أكثر من ذكر الروايات عن الإمام أحمد بنصوصها وبيان ناقلها، ووجَّهها وجمع بينها، ونقد بعضها، وذكر كلام المتقدمين من الأصحاب؛ كالخلال، وأبي بكر عبد العزيز، والخرقي، وابن شاقلا، والحسن بن حامد، وابن أبي موسى، والقاضي أبي يعلى وأصحابه، والموفق، والمجد، والشيخ تقي الدين، وغيرهم، وذكر استنباطاتهم من الروايات وتخريجاتهم وقوى بعضها ونقد بعضها، فهو كتاب جامع محرر يدل على سعة اطلاع، ومكنة، وتوقد ذهن.

طبعات الكتاب:

طُبع الكتاب طبعات عديدة، وهي:

١- طبعة مكتبة الخانجي في القاهرة، بتحقيق الأستاذ طه عبد الرؤوف سعد، سنة ١٣٥٢هـ.

(١) الإنصاف ١/ ٢٥.

٢- طبعة دار المعرفة في بيروت - لبنان، وعن هذه الطبعة:

- طبعة دار الكتب العلمية في بيروت.

- طبعة المكتبة التجارية لمصطفى الباز في مكة المكرمة.

- طبعة دار الجيل في بيروت.

- طبعة دار أم القرى في القاهرة.

٣- طبعة دار ابن القيم وابن عفان، بتحقيق الشيخ مشهور بن حسن آل سلمان وفقه الله.

٤- طبعة بيت الأفكار الدولية، بتحقيق الشيخ أياد بن عبد اللطيف القيسي وفقه الله.

كما أن الكتاب حقق في خمس رسائل علمية، اثنتان في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وثلاث في جامعة القصيم، على فترات متطاولة.

الأعمال العلمية على الكتاب:

عُني العلماء بعد ابن رجب بكتابه، فقام جماعة منهم بالتحشية عليه وفهرسته واختصاره، وقد ذكر ذلك من عُني بترجمته، وبعضها موجود وبعضها مفقود لا أثر له - يسر الله العثور عليه -، فمن ذلك:

١- مختصر قواعد ابن رجب، لعبد الرزاق الحنبلي - تلميذ ابن اللحام -، المتوفي سنة (٨١٩ هـ)، ذكر ذلك ابن المبرد[(١)].

٢- مختصر وتهذيب قواعد ابن رجب، ليوسف بن عبد الرحمن

(١) الجوهر المنضد ص ٦٩.

التاذفي الحلبي الحنبلي، المتوفى سنة (٩٠٠هـ).

قال في إعلام النبلاء: (ووقف على قواعد ابن رجب في مذهب الحنابلة، فإذا هو كتاب يفتقر إلى التهذيب وحسن الترتيب، فهذبه تهذيبًا ورتبه ترتيبًا عجيبًا، وعرض ما وضعه وهو يومئذ بالقاهرة على الإمامين الجليلين الحنبليين: الشهاب أحمد الشيشني والبدر محمد السعدي، فقرظا له تقريظًا حسنًا)[١].

٣- مختصر قواعد ابن رجب، لعبد الله بن عبد الرحمن أبا بطين، المتوفى سنة (١١٢١ هـ)، ذكره الشيخ بكر أبو زيد[٢].

وبحثنا عنه فلم نقف عليه، ووقفنا على مخطوط لترتيب القواعد لنصر الدين البغدادي في مكتبة الصالحية في عنيزة برقم (ابن رشيد/ ٣) من ضمن مجموع يضم معه: زاد المستقنع والرسالة التبوكية وغيرهما، وتقع هذه الرسالة من المجموع من لوحة (١٨) إلى (٢٦)، وهي غير كاملة، مكتوب في طرته: (من كتب الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن أبا بطين، وهي وقف)، فلعل من نسب للشيخ مختصرًا للقواعد وقع على هذه النسخة فظنها مختصرًا للشيخ أبا بطين ﵀.

٤- فهرست قواعد الفقه لابن رجب الحنبلي، للشيخ إبراهيم ابن ضويان، المتوفى سنة (١٣٥٣هـ)، في أول نسخته لكتاب القواعد المرموز لها في تحقيقنا بـ (هـ).

(١) إعلام النبلاء بتاريخ حلب الشهباء ٥/ ٣٢٧.

(٢) المدخل المفصل ٢/ ٩٣٥.

وطريقته فيه: أنه يذكر القاعدة اختصارًا ويذكر بجانبها فروعها باختصار أيضًا، وقد وصل فيه إلى القاعدة رقم (٩٥)، وهي: (من أتلف مال غيره يظنه له . . .).

٥- ترتيب المقاصد بترتيب الفرائد، للشيخ سليمان بن عبد الرحمن بن حمدان، المتوفى سنة (١٣٧٩هـ)، ونسخته محفوظة في مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية برقم (٢٢٤٥/خ)، وعدد أوراقه (٨٢ ق)، والموجود منه القسم الأول إلى مسائل الكفالة والضمان.

قال في مقدمته مبيِّنًا سبب تأليفه وطريقته فيه، بعد أن أثنى على قواعد ابن رجب: (إلا أن درره الكامنة في أصدافها، ومسائله وفوائده المطلوب اكتشافها؛ يحتاج إلى فكر وإعمال روية، وربما تعذر ذلك على غير الفقيه الأصولي بالكلية، حتى يتبعها قاعدة قاعدة، ومسألة مسألة، ولما لم أر من أصحابنا من رتَّبه، وذلَّل صعابه للطالبين وقرَّبه؛ بوبته ورتبته على ما مشى عليه متأخرو أصحابنا في كتبهم من ترتيب الأبواب والمسائل؛ ليسهل الوقع على تلك الفوائد، والحصول على تلك الفرائد الشوارد، وإن القاعدة الواحدة منها تجمع مسائل مفرعة عليها من أبواب شتى، وضعتها في أول باب يكون فيها شيء من مسائله، ثم أتبعتها بتلك المسألة؛ لأن للأولية وجهًا من الأولوية، ولأن فيه فائدة أخرى وهي المحافظة على وضعها الأصلي، بحيث تكون مسائلها المفرعة عليها فيما بعدها من الأبواب غير مقدم عليها شيء

منها، مع قطع النظر عن تفرقها وتقديم بعضها على بعض، وإذا استطرد من ذكر مسألة إلى أخرى وكانت من باب آخر؛ فصلتها ووضعتها في بابها، وإذا لم يمكن فصلها إلا بزيادة أو نقص لارتباطها بما قبلها؛ تركتها، وربما أشير في بابها إلى الموضع الذي ذكرت فيه، وإذا أشار إلى بعض المسائل بدون ذكر حكمها اكتفاء بما قدمه في أول القاعدة؛ أضفت ما ذكره في أولها إلى تلك المسألة تتميمًا للفائدة؛ لتوقفها عليه، ولكونه في حكم الملحق بها...).

٦- حواشي محب الدين أحمد ابن نصر الله البغدادي المتوفى سنة (٨٤٤ هـ)، وهو من تلاميذ المصنف.

وقيل: إن لمحب الدين البغدادي مختصرًا للقواعد أيضًا، ذكره عنه ابن المبرد[(١)].

٧- ترتيب فروع قواعد ابن رجب، لمحمد بن عثمان بن حسين الجزيري ثم القاهري الحنبلي، المتوفى سنة (٨٨٨هـ)، حيث شرع في ترتيبها كما ذكر ابن حميد[(٢)].

٨- نيل الأرب من قواعد ابن رجب، للشيخ محمد بن صالح العثيمين، المتوفى سنة (١٤٢١هـ)، وهو مطبوع.

٩- فهرست كتاب القواعد، لجلال الدين نصر الدين البغدادي، وألحقناه في فهارس الكتاب.

---

(١) الجوهر المنضد ص ٧.

(٢) السحب الوابلة ١/ ٩٩٨.

١٠- فهرس فقهي للقواعد، للشيخ فوزان بن سابق سفير المملكة العربية السعودية في مصر آنذاك، المتوفى سنة (١٣٧٣هـ)، حيث قام بطبع قواعد ابن رجب، وعمل له فهرسًا فقهيًّا.

قال ابن بسام: (وهو الذي قام بعمل فهرس منظم ومصوغ صياغة فقهية مفيدة لقواعد ابن رجب، ثم طبعه على حسابه)[(١)].

١١- تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب، للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المتوفى سنة (١٣٧٦هـ)، وهو مطبوع بتحقيق الدكتور/ خالد بن علي المشيقح.

١٢- تقريب قواعد ابن رجب، للأستاذ الدكتور/ خالد بن علي المشيقح وفقه الله.

(١) علماء نجد ٥/ ٣٨٠.

وصف النسخ الخطية

ذُكر في فهارس المخطوطات لقواعد ابن رجب رَحِمَهُ اللَّهُ أكثر من خمسة وعشرين نسخة مخطوطة، منها ما هو كامل، ومنها ما فيه نقص يسير، ومنها ما نقصه كبير، وقد وقفنا بحمد الله تعالى على أهمها، واطلعنا على أكثرها، وبعد مقارنتها رأينا أن أولى ما ينبغي الاعتماد عليه في التحقيق سبع نسخ خطية، وهي:

النسخة الأولى: نسخة مقابلة على المصنف:

وهي نسخة من أملاك الشيخ سليمان بن صالح بن حمد بن بسام رَحِمَهُ اللَّهُ.

ورمزنا لها بـ (أ).

وهي نسخة مودَعة في مكتبة الشيخ سليمان البسام الخاصة في عنيزة، ولها صورة في مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية تحت رقم (١٠٧/ف)، وعدد أوراقها: (٢٠٩)، وأسطرها (٢٧) سطرًا، وعدد كلمات السطر تتراوح ما بين (١٥ إلى ١٨) كلمة تقريبًا.

ولم نتعرف على ناسخها، ويغلب على الظن أنه أحد تلاميذ المصنف؛ لكونه قام بمقابلتها مع مصنفها على نسخته التي كتبها بخطه، وأثبت الحافظ ابن رجب على هذه النسخة خطه، ولا يكون ذلك عادة

إلا مع خاصة تلاميذ المصنف، وقد جاء في آخرها بخط مغاير ما نصه: (كاتب هذه النسخة المباركة من تلاميذ ابن رجب كما وجدته في هامش تلك القواعد).

وهي نسخة كاملة جيدة، كُتبت بخط جميل، وفيها سقط يسير، ومنقوطة ومشكَّلة في كثير من كلماتها، وعليها تملُّكات وأوقاف وأبيات شعر في صفحة العنوان، وفيها تصحيحات وزيادات وبلاغات، وقواعدها مرقمة بالحروف الأبجدية في جانب القاعدة.

وجاء في آخرها مقابلتان:

الأولى: بخط الحافظ ابن رجب رحمه الله، وهي ما يلي: (بلغ مقابلة بالأصل له، ومتمِّمًا عليه بحسب الإمكان في مجالس، وذلك في شهر ذي القعدة سنة **ثمان وسبعين وسبعمائة**، وكتبه مؤلفه عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي عفا الله عنه، الحمد لله وحده، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم).

الثانية: بخط مغاير عن خط الحافظ ابن رجب، وهي ما نصه: (ثم قوبلت هذه النسخة على نسخة قرئت على المصنف، فزيد فيها أشياء كثيرة، فصحت بحسب الطاقة والإمكان، وذلك في مجالس، آخرها في شهر ذي القعدة، سنة **اثنتين وثمانين وسبعمائة**، والحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم).

كما جاء في صفحة العنوان ما نصه: (قوبلت هذه النسخة مع مصنفها على أصلها المكتتب بخطه فسح الله تعالى في مدته، فصحت، وكتب عليها خط المقابلة في آخرها، ولله الحمد والمنة).

وفي هامش هذه النسخة فوائد وتعليقات، ذكرناها في مواطنها من الكتاب، ويأتي الكلام على وصف هذه الحاشية في مبحث التعريف بالحواشي.

ولكون هذه النسخة مقابلة على ابن رجب رحمه الله، ومقابلتها متأخرة عن سائر النسخ التي وقفنا عليها، جعلناها أصلًا للتحقيق، ولا نعدل عنها إلى غيرها إلا لسبب كما سيأتي في منهج التحقيق.

وجاء في آخر هذه النسخة فهرس لمسائل الكتاب، بعنوان: (مختصر تقرير القواعد لابن رجب)، تأليف: أبي عبد الله محمد المقدسي الحنبلي، ويقع في (٢٥) ورقة، وهو مستقل في مصورة جامعة الإمام برقم (١١٩/ف).

وهذا الفهرس هو الفهرس المعروف لجلال الدين نصر الدين البغدادي.

النسخة الثانية: نسخة أخرى مقابلة على المصنف:

نسخة مكتبة أسعد أفندي.

ورمزنا لها بـ (ب).

وهي من مخطوطات مكتبة أسعد أفندي المودعة في المكتبة السليمانية في تركيا، ورقمها (٥٠٥)، وعدد أوراقها (٢٦٥)، وعدد أسطرها (٢٣)، وتتراوح الكلمات في السطر ما بين (١٠ إلى ١٥) كلمة تقريبًا، ولها صورة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية برقم (٧٩١٥ف).

ولا يعرف ناسخها أيضًا، ويظهر أنه أحد تلاميذ الحافظ ابن رجب أيضًا، لكونها مكتوبة في عصره، وعليها مقابلة ابن رجب بخطِّه.

وقد كُتبت بعض صفحات المخطوط بخطوط أخرى، منها - فيما يظهر - ما هو بخط الحافظ ابن رجب؛ للتشابه الكبير بينه وبين خطه المثبت في المقابلة في آخر المخطوط وخطه المكتوب في هوامش المخطوط.

وهي نسخة واضحة بخط نسخ معتاد، وكاملة بحمد الله تعالى إلا بعض السقط في ثنايا المخطوط، وعليها تصحيحات وزيادات وأثر مقابلات.

وجاء في آخرها ما نصه: (بلغ مقابلة لجميع الكتاب بأصلي الذي بخطي بحضوري، وذلك في مجالس آخرها عاشر شوال، سنة **ثلاث وسبعين وسبعمائة**، وكتبه مؤلفه عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي عفا الله عنه، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم).

وفي هامش النسخة تعليقات مفيدة، وحواش مهمة، أثبتناها في مواطنها، ويأتي الكلام عليها في مبحث التعريف بالحواشي.

النسخة الثالثة: نسخة علي بن محمد البعلي رَحِمَهُ اللَّهُ:

ورمزنا لها بـ (ج).

وهي نسخة محفوظة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية برقم (٥٠٢٩/خ ف)، مشتراة من محمد العسافي، وعدد أوراقها (٣٠٦)، وأسطرها (٢١)، وكلماتها في السطر الواحد تقريبًا (١٢ إلى ١٦) كلمة.

ناسخها: علي بن محمد بن عباس البعلي الحنبلي، وهو المشهور بـ: ابن اللحام البعلي، تلميذ الحافظ ابن رجب رحمهما الله تعالى، وكان ينسخ كتب شيخه، قال ابن المبرد: (وجدت أكثر كتب ابن رجب بخطه كـ "شرح البخارى" و "القواعد")[١].

والنسخة مكتوبة بخطين مختلفين، وهي واضحة كاملة وفيها سقط يسير، وتصحيحات قليلة، وفيها زيادات يسيرة لا توجد في النسختين الأولتين، وعليها حواش وتعليقات قليلة.

وقد كُتب في آخرها: (كَمَّل آخره تعليقًا: العبد علي بن محمد بن عباس البعلي الحنبلي غفر الله له ولوالديه ولمشايخه ولجميع إخوانه المسلمين، في ليلة يسفر صباحها خامس عشر من شهر ربيع الأول من سنة أربع وثمانين وسبعمائة، أحسن الله تقضيها بخير وعافية بمنِّه وكرمه).

والنسخة من تملكات محمد بن عبد الله بن فيروز الحنبلي المتوفى (١٢١٦هـ)، وقد جاء على صفحة العنوان: (تملكه من فضل ربه العلي محمد بن فيروز الحنبلي).

وفي هذه النسخة حواش وتعليقات يسيرة مقارنة بغيرها من النسخ، وقد أثبتناها في مواطنها.

(١) الجوهر المنضد ص ٨١.

النسخة الرابعة: نسخة المكتبة المحمودية:

ورمزنا لها بـ (د).

وهي نسخة مودعة في المكتبة المحمودية بالمدينة النبوية برقم (١٤٠٥)، ولها صورة في جامعة الإمام برقم (١١١٤٨/ف)، وعدد أوراقها (٢٦٣)، وأسطرها (٢١) سطر، وكلمات السطر الواحد تتراوح ما بين (١٤ إلى ١٦) كلمة.

وناسخها: علي بن محمد العفيف الحنبلي النابلسي، من تلاميذ الحافظ ابن رجب، ونسخها سنة ٧٨٨هـ، من نسخة قرئت على المصنف.

وهي نسخة خطها جيد وفيها تصحيحات قليلة، وفي بعض أوراقها تعتيم، وفيها سقط يسير.

جاء في آخرها ما نصه: (وكان الفراغ من نسخها على يد الفقير إلى الله تعالى: علي بن محمد العفيف الحنبلي النابلسي عفا الله عنهم، في رابع عشر شهر رمضان المعظم من شهور سنة ثمان وثمانين وسبعمائة بمنزله بالخضراء من نابلس، من نسخة قرئت على مصنفها فسح الله تعالى في مدته، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم، وحسبنا الله ونعم الوكيل).

وفي هذه النسخة حواش يسيرة جدًّا، أثبتناها في مواطنها.

النسخة الخامسة: نسخة الشيخ إبراهيم بن ضويان:

ورمزنا لها بـ (هـ).

وهي نسخة محفوظة في دارة الملك عبد العزيز في الرياض برقم (٢٥٦٢)، من ضمن مجموعة الرشيد برقم (٦)، وعليها تملك ناسخها ابن ضويان.

ناسخها: إبراهيم بن محمد بن سالم الضويان، المتوفى سنة (١٣٥٣هـ)، صاحب كتاب منار السبيل في شرح الدليل.

وجاء في آخرها: (بقلم الفقير المقر بالذنب والتقصير: إبراهيم بن محمد بن سالم الضويان غفر الله له ولوالديه ومشايخه وإخوانه، فرغ من نسخها سنة ١٣٠٨، ٢٣ ر.

وقد نقلتها من نسخة قديمة صحيحة كاتبها موسى بن أحمد بن موسى بن عبد الله بن أيوب المرداوي الحنبلي المقدسي، ذكر أنه فرغ من نسخها في رابع شهر رجب الفرد من شهور سنة ٨٩٧، سبع وتسعين وثمانمائة، بمدرسة شيخ الإسلام أبي عمر ﵁، قال: وكتبته من نسخة قرئت على مصنفها ﵀ و﵁ وأرضاه والحمد لله وحده، قلت: وصححت أخيرًا على نسختين ظاهرهما الصحة، تم).

وفي أول النسخة فهرست قواعد الفقه، فهرسها الشيخ ابن ضويان بنفسه، وقد جاء في (٩) أوراق.

وفي هامشها تعليقات وفوائد من خط ابن ضويان، أثبتناها في مواطنها.

النسخة السادسة: نسخة مكتبة ولي الدين أفندي:

ورمزنا لها بـ (و).

وهي نسخة في مكتبة ولي الدين أفندي في المكتبة السليمانية في تركيا ورقمها (١٤٢١)، وعدد أوراقها (٣٤٢)، وأسطرها (٢١)، وكلمات السطر الواحد تتراوح ما بين (١١ إلى ١٤) كلمة.

وناسخها: أحمد بن عبد العزيز الفتوحي الحنبلي المتوفي سنة (٩٤٩هـ)، والد تقي الدين محمد صاحب كتاب "منتهى الإرادات"، وقد جاء في ترجمة الناسخ أنه كان يكتب بالأجرة، وهو عالم من علماء الحنابلة.

وهي نسخة كاملة جيدة واضحة، مصححة ومقابلة، وفي هامشها فوائد ونقولات عن علماء المذهب، واختيارات بعض المحققين، ويظهر أن اللوحة الأولى ونصف الثانية من المكتوب بخط الفتوحي قد سقط؛ فقام شمس الدين الأزهري بكتابتها، وهو الذي نسخ فهرست القواعد وجعلها في بداية النسخة، وكان نسْخُه لها في العشرين من شهر المحرم لسنة (١٠٨٦هـ)، وباقي المخطوط بخط الفتوحي رحمه الله.

جاء في آخرها ما نصه: (والحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا محمد، ووافق الفراغ من كتابته على يد أفقر عباد الله، وأحوجهم إلى رحمة ربه وعفوه ومغفرته: أحمد بن عبد العزيز بن علي بن إبراهيم الفتوحي الحنبلي في العشرين من شهر شوال [...] سائلًا الغفران له ولوالديه ولأقاربه وأصحابه المسلمين).

وكتب بخط آخر - ولعلها من أحد من تملَّكها -: (الحمد لله الذي من عليَّ بهذا الكتاب العظيم القدر الذي لم يسنح له لكونه بخط أعلم العلماء العظام، أوحد المجتهدين، خاتمة الحفاظ الذي أسس بناءه على تقوى من الله، وأعرب عن المجد وأغرب، أمطر الله عليه سحائب رحمته، وأسكنه فسيح جناته هو وآباؤه وإخوانه وأولاده وذريته وجميع أمة محمد ﷺ وكرم وشرف، اللهم صل عليه وعلى آبائه وإخوانه من الأنبياء والمرسلين والصحابة والتابعين وكل ولي من المشرق إلى المغرب، آمين).

وكُتب بخط آخر: (من منن المنان على عبده أحمد بن عثمان بن أحمد بن تقي الدين بن أحمد بن شهاب الدين الفتوحي الحنبلي الذي هذا الكتاب بخطه غفر الله لهم أجمعين. آمين).

وفي أول النسخة فهرست جلال الدين أبي الفرج نصر الدين البغدادي في (١٩) ورقة، وقد أوردناها في فهارس تحقيقنا لهذا الكتاب.

النسخة السابعة: نسخة مكتبة الأوقاف المصرية:

ورمزنا لها بـ (ن).

وهي نسخة محفوظة في المكتبة المركزية للمخطوطات في الأوقاف المصرية، ورقمها (٢٥٣٠)، وعدد أوراقها (٢٢١)، وأسطرها (٢٩)، وكلمات السطر الواحد تتراوح ما بين (١٢ إلى ١٤) كلمة.

وناسخها: عبد الله بن محمد الشباسي، وكان فراغه منها سنة

٨٤٣هـ، وذلك بعد وفاة المصنف بـ ٤٨ سنة، ويظهر أن الناسخ من تلاميذ المصنف، ففي صفحة العنوان ترجمة مصغرة للمصنف، ومن ضمن كلامه يقول: (ولشيخنا مصنف هذا الكتاب مصنفات عديدة).

وجاء في آخرها ما نصه: (وافق الفراغ منه يوم الأربعاء تاسع، شهر صفر المبارك، من شهور عام ثلاث وأربعين وثمانمائة، على يد أضعف عباد الله تعالى وأحوجهم إلى رحمة الله عبد الله بن محمد الشباسي عفا الله عنه وعن والديه وعن جميع المسلمين، رحم الله تعالى من دعا له ولجميع المسلمين بالنجاة من النار والفوز بالجنة، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا، تم).

وعليه بلاغ نصه: (بلغ مقابلة، وكتبه عبد الله بن هشام الأنصاري الحنبلي).

وفي هذه النسخة حواشٍ وتعليقات كثيرة، وهي أكثر النسخ من حيث التحشية والتعليق، ويأتي الكلام عليها في مبحث التعريف بالحواشي.

التعريف بحواشي كتاب القواعد

جاء في هوامش النسخ المعتمدة في التحقيق الكثيرُ من الحواشي على كتاب قواعد ابن رجب رحمه الله، وغالبها حواشٍ وتعليقات لعلماء المذهب، ومنها ما هو من تعليقات ابن رجب نفسه، وبيان هذه الحواشي فيما يلي:

الحواشي المثبتة في هامش النسخة (أ):

تقدم في وصف النسخ أن هذه النسخة قد نسخها أحد تلاميذ ابن رجب رحمه الله وقرأها عليه وقابلها معه، وجاء في هذه النسخة حواشٍ يسيرة وتعليقات مفيدة.

ويظهر أن كثيرًا من هذه التعليقات هي للشيخ عثمان بن مزيد الحنبليُّ رحمه الله[1]، وهو أحد من تملك هذه النسخة كما في صفحة العنوان؛ لما في بعض التعليقات التصريح بأن كاتبها هو عثمان بن مزيد.

(١) هو عثمان بن مزيد بن رشيد، من آل مزيد، من قبيلة الظفير القحطانية، ولد في عنيزة وتلقى العلم فيها على علمائها، ثم ارتحل إلى الإحساء والزبير، وأخذ عن ابن سلوم وعثمان بن سند وغيرهما، ثم رجع إلى عنيزة وفيها العلامة عبد الله أبا بطين، فكان الطلبة يدرسون عليه مبادئ العلوم ثم يدخلون في حلقة العلامة أبا بطين، ولعثمان تعليقات على ما يقرأ من الكتب كما ذكر عنه ابن بسام، توفي حوالي سنة ١٢٨٠هـ. ينظر: علما نجد ٥/ ١٥٧.

ومن هذه الحواشي أيضًا ما هو من تعليقات الحافظ ابن رجب رَحِمَهُ اللَّهُ، فيقول أحيانًا: (أعني كذا).

ولأجل عدم ظهور من هو كاتب باقي الحواشي؛ أثبتنا الحواشي بقولنا: كتب في هامش (أ).

الحواشي المثبتة في هامش النسخة (ب):

تقدم أيضًا في وصف النسخ أن هذه النسخة لأحد تلاميذ المصنف، وأنها قد قوبلت على المصنف وعليها خطه، وجاء في هامشها حواشٍ وتعليقات مفيدة ليست باليسيرة.

ويظهر أن كثيرًا منها بخط تلميذ الحافظ ابن رجب رحمهما الله تعالى، لكونها بنفس خط صلب الكتاب، وقد جاء في هامش النسخة المرموز لها بـ (ن): (من هامش نسخةٍ مقيدٍ عليها خط المؤلف، **بخط من قابلها على المؤلف**)، والمقصود - والله أعلم - هذه النسخة؛ لتوافق النقل في النسختين.

ويؤيد ذلك ما جاء في بعض هوامشها: (بلغ قراءة على الشَّيخ)، مكتوب بذات الخط الذي كتبت به تلك الحواشي والتعليقات.

ويؤيد ذلك أن بعض هذه التعليقات هي من تعليقات الحافظ ابن رجب، ولعله علق عليها أثناء مقابلة تلميذه عليه، ففي بعضها يقول في الهامش: (أعني الصورة الثالثة).

وثَمَّ تعليقات ليست بخط تلميذ الحافظ وإنما من خط غيره.

ولصعوبة تمييز جميع الحواشي التي بخط تلميذ المصنف عن

الحواشي الأخرى؛ قلنا في مواطن الحواشي والتعليقات: كتب في هامش (ب).

الحواشي المثبتة في هامش النسخة (ج):

في هذه النسخة حواشٍ وتعليقات مفيدة، وهي تعليقات يسيرة مقارنة مع غيرها من النسخ.

وكاتب هذه الحواشي هو الناسخ نفسه، وهو علاء الدين ابن اللحام البعلي رحمه الله، فإن خط الحاشية هو خط صلب الكتاب، ومكتوب بنفس الحبر وحجم الخط، فلا يكاد يُشك بأن كاتب هذه الحاشية هو ابن اللحام البعلي رحمه الله، وقد قال في آخر النسخة: (كمَّل آخره تعليقًا).

وتوجد حواشٍ قليلة جدًّا بخط آخر لم نعرف كاتبها، وهي لأحد المتأخرين؛ كونه ينقل من كتاب التنقيح للمرداوي.

ونقول في مواطن الحواشي والتعليقات: كتب في هامش (ج).

الحواشي المثبتة في هامش النسخة (د):

جاء في هوامش هذه النسخة حواشٍ يسيرة جدًّا، وهي - فيما يظهر - حواشٍ لأحد ملاكها المتأخرين، ففي بعضها ذكر لكتاب كشاف القناع للشيخ منصور البهوتي المتوفى سنة (١٠٥١هـ).

الحواشي المثبتة في هامش النسخة (هـ):

وهي النسخة التي كتبها الشيخ ابن ضويان بخطه، وقد جاءت تلك الحواشي على هذه النسخة بخط ابن ضويان، وبعض تلك قد نقلها من النسخ الأخرى، ويعكر على هذه التعليقات أن جزءًا منها قد ذهب

بسبب سوء تصويرها، ونشير إلى هذه التعليقات بقولنا: كتب في هامش (هـ).

الحواشي المثبتة في هامش النسخة (و):

وهي النسخة التي بخط أحمد الفتوحي شيخ المذهب ووالد صاحب المنتهى، وقد كُتب في هوامشها حواشٍ وتعليقات مفيدة تدل على أن كاتبها عالم ومحقق في المذهب، فإنه في هذه الحواشي يخرِّج على كلام المصنف، ويصحِّح ويرجِّح، ويعترض على المصنف، ويوضح كلامه ويبين مقصوده، ولم يُتطرَّق في النسخة إلى صاحب هذه الحاشية، فالذي يظهر أنها لناسخها أحمد بن عبد العزيز الفتوحي(١)؛ فإن الخط الذي كُتبت به الحاشية هو الخط الذي كُتبت به النسخة، ولا غرابة فإنه عالم في المذهب ومحقق فيه.

وعند إثباتنا لحواشي هذه النسخة نقول: كتب في هامش (و).

الحواشي المثبتة في هامش النسخة (ن):

وهي النسخة التي عليها تعليقات ابن نصر الله البغدادي بخط تلميذه عبد الله بن هشام الأنصاري، وفي هذه النسخة حواشٍ وتعليقات كثيرة، وهي أكثر النسخ من حيث التحشية والتعليق، ويظهر أن الحواشي التي

---

(١) هو أحمد بن عبد العزيز بن علي، شهاب الدين، الفتوحي الحنبلي، المعروف بابن النجار، قاضي قضاة الحنابلة بالديار المصرية، ومشايخه تزيد على مائة وثلاثين شيخًا وشيخة، انتهت إليه الرئاسة في تحقيق مذهبه، توفي سنة ٩٤٩هـ. ينظر: شذرات الذهب ١٠/ ٣٩٦، الكواكب السائرة ٢/ ١١٣.

في هوامشها ثلاثة:

الأولى: حاشية محب الدين ابن نصر الله البغدادي[(١)]، قام تلميذه ابن هشام الأنصاري بنقلها من نسخة ابن نصر الله ووضعها في نسخته التي كتب هوامشها بخطه، ويذكر بعد إيراد كلام ابن نصر الله اسمه فيقول: (ابن نصر الله).

وأحيانًا تكون الحاشية لابن نصر الله البغدادي إلا أن ابن هشام لا يذكر اسم ابن نصر الله، ولعله لم يذكر فيها اسم ابن نصر الله لكون الأصل في هذه الحواشي أنها لابن نصر الله، فمن ذلك مثلًا: ما جاء في هامش (ن): (ظاهر هذا: أنَّه لا يشترط مع ذلك تعيين مدة؛ كنفقة الزوجة، بل يكون ذلك مؤقَّتًا ببقاء العقد) وهي غير منسوبة لابن نصر الله البغدادي.

وهذا النقل ذكره المرداوي في الإنصاف (٢٠/ ٣٩٨) منسوبًا إلى ابن نصر الله في «حواشيه».

فلعل غالب ما في هذه النسخة من الحواشي التي بخط ابن هشام وهي غير منسوبة لأحد أنه أخذها من نسخة شيخه محب الدين ابن

(١) هو العلامة أحمد بن نصر الله بن أحمد البغدادي، شيخ المذهب ومفتي الديار المصرية، قاضي القضاة، محب الدين، البغدادي الأصل ثم المصري، أخذ عن جماعة من العلماء؛ كالبلقيني وابن الملقن والحافظ ابن رجب وغيرهم، وولي التدريس والإفتاء، وكان متضلعًا بالعلوم الشرعية، وله حواشٍ على كتب كثيرة في المذهب، كالمغني والمحرر وشرح الزركشي والفروع والقواعد وغيرها. ينظر: المقصد الأرشد ١/ ٢٠٢، الجوهر المنضد ص ٦.

نصر الله البغدادي، والله تعالى أعلم.

وقد نقل عن هذه الحواشي المرداوي في الإنصاف، والبهوتي في الكشاف (٥/ ٢٩٠، ٥/ ٤٧٩)، وغيرهما.

الثانية: حاشية عبد الله بن هشام الأنصاري[1]، تلميذ ابن نصر الله، فقد كتب حواشٍ وتعليقات له على هذه النسخة، وقيدها بذكر اسمه بعدها، وهي قليلة.

الثالثة: حواشٍ متأخرة، ينقل كاتبها عن الإنصاف وغيره، ولم يرد لمن هي، إلا أنها حواشٍ نفسية تدل على علم وفقه ومعرفة بالمذهب، حتى إنه قد يستدرك على ابن نصر الله البغدادي في حواشيه، ولعلها تكون من تعليقات أحمد بن النجار الفتوحي الحنبلي، فقد جاء في صفحة العنوان تملُّكًا باسمه رحمه الله، وهو عالم محقق له عناية بقواعد ابن رجب.

ونقول في مواطن هذه الحواشي والتعليقات: كتب في هامش (ن)، وما نص ناسخها على أن الحاشية لابن نصر الله نقول: قال ابن نصر الله رحمه الله.

---

(١) هو عبد الله بن محمد بن عبد الله بن يوسف ابن هشام، جمال الدين، أبو محمد، القاهري الحنبلي، ويعرف بابن هشام، وهو حفيد ابن هشام النحوي المشهور، أخذ الفقه عن المحب بن نصر الله، وقرأ عليه المقنع أو معظمه، ولازمه ملازمة تامة في الفقه وأصوله والحديث وغيرها، وصار أحد أعيان مذهبه، وتصدى بعد شيخه للتدريس والإفتاء والأحكام، توفي سنة ٨٥٥هـ. ينظر: الضوء اللامع ٥/ ٥٦، نظم العقيان ص ١٢١.

منهج التحقيق

١- اعتمدنا في تحقيق النص ما اتفقت عليه نسختي (أ) و (ب)؛ لكونهما نسختان مقروءتان على المصنف، وحذفنا فروق ما عداهما من النسخ إن وجد.

فإن اختلفت (أ) و (ب)؛ أثبتنا في صلب الكتاب نسخة (أ)؛ لكونها آخر نسخة مقابلة على المصنف من النسخ المعتمدة في التحقيق، وذكرنا نسخة (ب) وما وافقها من النسخ الأخرى في الهامش، إلا فيما كان الصواب مع نسخة (ب) أو غيرها من النسخ، فإننا نبينه في الهامش ونثبت ما في النسخ الأخرى في صلب الكتاب - وذلك قليل -.

٢- قمنا بتوثيق الآيات القرآنية، وتخريج الأحاديث تخريجًا مختصرًا، بذكر من خرَّجه مع رقم الحديث في الكتاب أو الجزء والصفحة.

٣- ضبطنا ما يحتاج إلى ضبط من كلمات الكتاب.

٤- شرحنا الكلمات التي نرى أنها بحاجة إلى شرح من مصادرها المعتمدة في المعاجم العربية.

٥- أثبتنا علامات الترقيم الهامة، واعتنينا بترتيب الكلام وفقرات الكتاب حسب الإمكان.

٦- رقمنا القواعد المذكورة في الكتاب على ما في النسخة (أ)؛ لكونها آخر نسخة قُرئت على المصنف من النسخ المعتمدة، على أن ترقيم القواعد في بعض النسخ تختلف عن ترقيم ما في النسخة (أ).

٧- ترجمنا للمؤلف من مصادر ترجمته، وعرَّفنا بالكتاب والحواشي في مقدمة التحقيق.

٨- وضعنا فهارس الكتاب في الأخير، ومنها فهرس جلال الدين نصر الله البغدادي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

صور المخطوطات



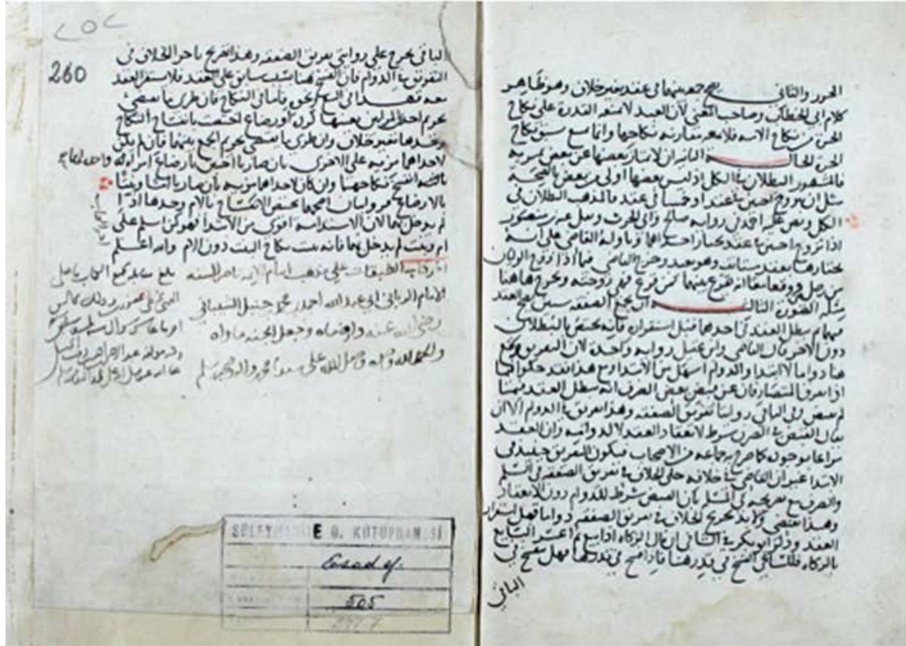
صورة الورقة الأولى من النسخة (أ)



صورة الورقة الأخيرة من النسخة (أ)



صورة الورقة الأولى من النسخة (ب)



صورة الورقة الأخيرة من النسخة (ب)



صورة الورقة الأولى من النسخة (ج)



صورة الورقة الأخيرة من النسخة (ج)



صورة الورقة الأولى من النسخة (د)



صورة الورقة الأخيرة من النسخة (د)

صورة الورقة الأولى من النسخة (هـ)

صورة الورقة الأخيرة من النسخة (هـ)



صورة الورقة الأولى من النسخة (و)



صورة الورقة الأخيرة من النسخة (و)



صورة الورقة الأولى من النسخة (ن)



صورة الورقة الأخيرة من النسخة (ن)

تقرير القواعد وتحرير الفوائد

للإمام العلامة أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الحنبلي

(ت: ٧٩٥هـ)

قوبل على نسختين مقروءتين على المصنف، وخمس نسخ أخرى

ومعه

حاشية نفيسة لتلميذه العلامة محب الدين أحمد بن نصر الله البغدادي (ت: ٨٤٤هـ)

وحواشٍ أخرى

تحقيق

أ.د. خالد بن علي المشيقح

د. عبد العزيز بن عدنان العيدان

د. أنس بن عادل اليتامى

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وصلَّى الله على سيِّدنا محمَّد وآله وصحبه(١)

الحمد لله الذي مهَّد قواعد الدِّين بكتابه المحكم، وشيَّد معاقد العلم بخطابه وأحكم، وفقَّه في دينه من أراد به خيرًا من عباده وفهَّم، وأوقف من شاء على ما شاء من أسرار مراده وألهم؛ فسبحان من حكم فأحكم، وحلَّل وحرَّم، وعرَّف وعلَّم، علَّم بالقلم، علَّم الإنسان ما لم يعلم.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادةً تهدي إلى الطَّريق الأقوم، وأشهد أنَّ محمَّدًا عبده ورسوله المخصوص بجوامع الكَلِم وبدائع الحِكَم، وودائع العلم والحلم والكرم، صلَّى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلَّم.

أما بعد:

فهذه قواعد مهمَّة، وفوائد جمَّة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتُطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيَّب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيِّد له الشَّوارد، وتقرِّب عليه كلَّ متباعد؛

(١) قوله: (وصلَّى الله على سيِّدنا محمَّد وآله وصحبه) سقط من (ب) و (د) و (هـ) و (و).

فلينعم(١) النَّاظر فيه النَّظر، وليوسع العذر، إنَّ اللبيب مَن عذر، فلقد سنح بالبال، على غاية من الإعجال؛ كالارتجال[١] أو قريبًا من الارتجال؛ في أيَّام يسيرة وليال، ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه.

والله المسؤول أن يوفِّقنا لصواب القول والعمل، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزَّيغ والزَّلل؛ إنَّه قريب مجيب لمن سأل، لا يخيِّب من إيَّاه رجا وعليه توكَّل.

---

[١] كتب على هامش (هـ): (قال في «القاموس»: ارتجل الكلام، تكلَّم به من غير أن يهيِّئه).

---

(١) قال في لسان العرب (١٢/ ٥٨٦): (ومنه قولهم: "أنعم النظر في الشيء": إذا أطال الفكرة فيه)، وقال في هامش (ج): (لعله: فليمعن).

قاعدة [١]

الماء الجاري؛ هل هو كالرَّاكد، أو كلُّ جرية منه لها حكم الماء المنفرد؟

فيه خلاف في المذهب، ينبني عليه[١] مسائل:

إحداها: لو وقعت فيه نجاسة؛ فهل يعتبر مجموعه؟ فإن كان كثيرًا لم ينجس بدون تغيُّر وإلَّا نجس، أو تعتبر[٢] كلُّ جرية بانفرادها، فإن بلغت قلَّتين لم تنجس، وإلَّا نَجِست؟

فيه روايتان حكاهما الشِّيرازيُّ[٣] وغيره، والثَّانية المذهب عند القاضي[٤].

---

(١) في (أ): على.

(٢) في (ب) و (و): يعتبر.

(٣) هو أبو الفرج عبد الواحد بن محمد بن علي بن أحمد الأنصاري، الشيرازي الأصل، الحراني المولد، الدمشقي المقر، وكان يعرف في العراق بالمقدسي، تفقه ببغداد على القاضي أبي يعلى مدة، ثم قدم الشام فسكن ببيت المقدس، ونشر مذهب الإمام أحمد فيما حوله، توفي سنة ٤٨٦هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٩/ ٥١، ذيل طبقات الحنابلة ١/ ١٥٧.

(٤) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، القاضي أبو يعلى، كان عالم زمانه وفقيه الحنابلة، تفقه على الحسن بن حامد وغيره، وله مصنفات =

والثانية: لو غمس الإناء النَّجس في ماء جارٍ، ومرَّت عليه سبع جريات؛ فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات؟

على وجهين حكاهما أبو الحسن بن الغازي[(١)] تلميذ الآمدي[(٢)]، وذكر أنَّ ظاهر كلام الأصحاب أنَّ ذلك غسلة واحدة، وفي «شرح المذهب» للقاضي: أنَّ كلام أحمد يدلُّ عليه.

وكذلك لو كان ثوبًا ونحوه وعصره عقب كلِّ جرية.

والثَّالثة: لو انغمس المحدث حدثًا أصغر في ماء جار للوضوء، ومرَّت عليه أربع جريات متوالية؛ فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا؟ على وجهين.

= كثيرة في الفقه وغيره، منها: شرح المذهب، والتعليقة وتسمى أحيانًا بالخلاف أو الخلاف الكبير، والأحكام السلطانية، والمجرد، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والروايتين والوجهين، وشرح الخرقي، والخصال والأقسام، وغيرها، توفي سنة ٤٥٨هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١٩٣.

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن الغازي البدليسي، أبو الحسن، أحد الفقهاء الأعيان، لازم أبا الحسن الآمدي، وتفقه عليه، وسمع منه الحديث، وبرع في الفقه، لا نعرف له مؤلَّفًا في الفقه، وليس له ذكر في كتب الأصحاب إلا في هذه المسألة، نقلها عنه المؤلف، وعن المصنف المرداوي في الإنصاف. ينظر: ذيل الطبقات ١/ ٣٧٣.

(٢) هو علي بن محمد بن عبد الرحمن البغدادي، أبو الحسن، المعروف بالآمدي، ويعرف قديمًا بالبغدادي، من كبار تلاميذ القاضي أبي يعلى، له كتاب: عمدة الحاضر وكفاية المسافر، في أربع مجلدات، وهو مفقود، توفي سنة ٤٦٨هـ. ينظر: ذيل الطبقات ١/ ١١.

أشهرهما عند الأصحاب: أنَّه يرتفع حدثه.

وقال أبو الخطاب[١] في «الانتصار»: ظاهر كلام أحمد أنَّه لا يرتفع؛ لأنَّه لم يفرِّق بين الجاري والرَّاكد[٢].

قلت: بل نصَّ أحمد على التَّسوية بينهما في رواية محمَّد بن الحكم[٣]، وأنَّه إذا انغمس في دجلة؛ فإنَّه لا يرتفع حدثه حتَّى يخرج مرتَّبًا.

والرَّابعة: أنَّه[٤] لو حلف: لا يقف في هذا الماء، وكان جاريًا؛ لم يحنث عند أبي الخطاب وغيره؛ لأنَّ الجاري يتبدَّل ويستخلف شيئًا فشيئًا؛ فلا يُتصوَّر الوقوف فيه.

وقياس المنصوص: أنَّه يحنث؛ لا سيَّما والعرف يشهد له،

---

(١) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني، أبو الخطاب البغدادي، الفقيه، أحد أئمة المذهب وأعيانه، تفقه على القاضي أبي يعلى ولازمه وقرأ عليه بعض مصنفاته، له من المؤلفات: الهداية، والانتصار في المسائل الكبار، ويسمى أحيانًا بالخلاف الكبير، ورؤوس المسائل ويسمى بالخلاف الصغير، والعبادات الخمس، والتمهيد في أصول الفقه، توفي سنة ٥١٠هـ. ينظر: ذيل الطبقات ١/ ٢٧١، المنهج الأحمد ٣/ ٦٢.

(٢) ينظر: الانتصار (١/ ٢٨١).

(٣) هو محمد بن الحكم، أبو بكر الأحول، كان قد سمع من الإمام أحمد ومات قبل موت أحمد بثمان عشرة سنة، وكان أحمد يبوح بالشيء إليه من الفتيا لا يبوح به لكل أحد، وكان خاصًّا بأبي عبد الله، توفي سنة (٢٢٣هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٩٥.

(٤) قوله: (أنَّه) سقطت من (ب) و (ج) و (هـ) و (و) و(ن).

والأيمان مرجعها إلى العرف، ثمَّ وجدت القاضي في «الجامع الكبير» ذكر نحو هذا[١]، والله أعلم.

(١) في (ب): مثل ذلك.

قاعدة [٢]

شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه لا في حكم المتَّصل، وكذلك الظُّفر[١]، هذا هو جادَّة المذهب.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: إذا مسَّ شعر امرأة بشهوة(١) لم ينتقض وضوؤه[٢]، وكذلك ظفرها، أو مسَّها بظفره أو بشعره.

ولهذه المسألة مأخذ آخر: وهو أنَّ هذه الأجزاء ليست بمحلٍّ للشَّهوة(٢) الأصليَّة، وهي شرط لنقض الوضوء عندنا.

ومنها: أنَّ الشَّعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب، وكذلك ما طال من الظُّفر على احتمال فيه.

أمَّا على المشهور: فإن انفصل من الآدميِّ؛ لم ينجس على الصَّحيح.

---

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: ويلتحق بهما السنُّ والروح والحمل، والفضلات كالريق والدمع.

[٢] كتب على هامش (ن): (في أصح الوجهين، وكذا مس ذكره بهما).

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): لشهوة.

(٢) في (ب): الشهوة.

ومن غيره ينجس[١]؛ لأنَّه كانت فيه حياة ثمَّ فارقته حال اتصاله(١)، فمنعه الاتِّصال من التَّنجيس، فإذا انفصل زال المانع، فنجس.

ومنها: غَسْلُه في الجنابة والحدث.

فأمَّا الجنابة: ففي وجوب غسله وجهان، والَّذي رجحه صاحب «المغني»، وذكر أنَّه ظاهر كلام الخرقيِّ(٢): عدم الوجوب[٢]؛ للقاعدة.

ومن أوجبه؛ فيقول: وجب تعبُّدًا[٣].

نعم؛ إن كان وصول الماء إلى البشرة لا يمكن بدون غسله[٤]؛ وجب؛ لضرورة وجوب إيصال الماء إلى ما تحته.

وأمَّا في الحدث الأصغر؛ فلا يجب غسل المسترسل منه على

---

[١] كتب على هامش (ن): (الفرق بين الآدمي وغيره: أنَّ الآدمي لا ينجس بالموت، وغيره ينجس به).

[٢] قال ابن نصر الله ﷺ: الذي في «المغني» أنه قال: ويحتمله كلام الخرقي، ولم يقل: إنه ظاهر كلامه.

[٣] كتب على هامش (ن): (لعله تبعًا).

[٤] قال ابن نصر الله ﷺ: كشعر الحاجبين.

---

(١) في (و) و (هـ) و(ن): انفصاله.

(٢) هو عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد، أبو القاسم الخرقي، شيخ الحنابلة في وقته، تفقه على والده الحسين المسمى بخليفة المروذي، له المختصر في الفقه، المعروف بمختصر الخرقي، توفي سنة ٣٣٤هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ٧٥، سير أعلام النبلاء ١٥/ ٣٦٣.

الصَّحيح[١]، وأمَّا المحاذي(١) لمحلِّ الفرض؛ فيجزئ إمرار الماء على ظاهره إذا كان كثيفًا؛ لأنَّ إيصال الماء إلى الحوائل في الوضوء كافٍ؛ وإن لم تكن متَّصلة بالبدن اتِّصال خلقة؛ كالجبيرة والخفِّ والعمامة؛ فالمتَّصل خلقة أولى.

ومنها: لو أضاف طلاقًا أو عتاقًا أو ظهارًا إلى الشَّعر أو الظُّفر؛ لم يثبت الطَّلاق ولا العتاق ولا الظِّهار على الأصحِّ(٢).

ومنها: لو كان جيبه واسعًا ترى منه عورته في الصَّلاة، لكن له لحية كبيرة تستره؛ فالمذهب: أنَّه يكفي في السَّتر، قال في «المغني»: نصَّ عليه(٣).

مع أنَّه قرَّر في كتاب الحج: أنَّ الستر بالمتَّصل كاليد ونحوها(٤) لا فدية فيه(٥).

---

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: المعروف في المذهب وجوب غسل المسترسل من اللحية، وبعض الأصحاب كصاحب «المحرر» لم يحك في ذلك خلافًا.

---

(١) في (أ): الجاري.
(٢) في (ب): الصَّحيح.
(٣) ينظر: المغني (١/ ٤١٧)، قال: (قال الأثرم: سئل أحمد عن الرجل يصلي في القميص الواحد غير مزرور عليه؟ قال: ينبغي أن يزره. قيل له: فإن كانت لحيته تغطيه، ولم يكن متسع الجيب؟ قال: إن كان يسيرًا فجائز).
(٤) قوله: (ونحوها) سقطت من (ب) و(ج) و(و).
(٥) ينظر: المغني ٣/ ٣٠٠.

وخالفه صاحب «شرح الهداية»(١)، وقال: هو ستر في الموضعين.

وتردَّد فيه القاضي في «شرح المذهب»؛ فجزم تارة بأنَّ السَّتر بالمتَّصل ليس بستر في الإحرام ولا في الصَّلاة، ثم ذكر نصَّ أحمد.

ورجع[١] إلى أنَّه ستر في الصَّلاة دون الإحرام؛ لأنَّ القصد في ستر الصَّلاة تغييب لون البشرة، وفي الإحرام إنَّما يحرم السَّتر بما يستر به عادة.

فأمَّا إيجاب الدِّية به[٢]، وضمانه من الصَّيد، وتحريم نظره على الأجنبيِّ؛ فلما يتعلق بجملة البدن من إزالة جماله، وتأذِّي الصَّيد بترويعه وإثبات اليد عليه وهو ممتنع، والافتتان بالمرأة، ولهذا لو انفصل شعر المرأة؛ جاز النَّظر إليه[٣] على ظاهر كلام أبي الخطَّاب في «الانتصار».

وحكى صاحب «التَّلخيص» فيه وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهذا الذي رجع إليه القاضي هو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بالشعر إذا أزاله بالجناية على وجه لا يعود في الرأس أو اللحية أو الحاجبين أو أهداب العينين).

[٣] كتب على هامش (ن): (لزوال الافتتان بالمرأة إذا انفصل).

---

(١) مراده: مجد الدين ابن تيمية، وهو مراد الأصحاب عند إطلاقهم: شرح الهداية، وإلا فقد شرح هداية أبي الخطاب جماعة من الأصحاب، منهم: ابن المنجى (٦٠٦هـ)، وأبو البقاء العكبري، المعروف بالضرير (٦١٦هـ)، وغيرهم.

ومجد الدين: هو عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن عبد الله الخضر بن محمد بن علي ابن تيمية الحراني الفقيه، مجد الدين أبو البركات، تفقه على =

قاعدة [٣]

من وجب عليه عبادة، فأتى بما لو اقتصر على ما دونه لأجزأه[١]؛ هل يوصف الكلُّ بالوجوب، أو قدر الإجزاء منه؟[٢]

إن كانت الزِّيادة متميَّزة منفصلة؛ فلا إشكال في أنَّها نفل بانفرادها؛ كإخراج صاعين منفردين[٣] في الفطرة ونحوه.

وأمَّا إن لم تكن متميِّزة؛ ففيه وجهان مذكوران في أصول الفقه[٤]،

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي: ولو كان ما أتى به [عبادة] حينما وجبت؛ ليصح تفريع مسألة إخراج البعير عن الشاة على هذه القاعدة.

[٢] كتب على هامش (هـ): (. . .الزَّائد على الواجب واجبًا أم مستحبًّا؟ قال القاضي: الوجوب، واختار أبو الخطَّاب وغيره: الاستحباب، وقدَّمه ابن مفلح في «أصوله»، واختاره الطُّوفي في «مختصره»، والله أعلم).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: واحدًا بعد واحد؛ إذ لو أخرجهما معًا لكان أحدهما من الزيادة التي لم تتميز، فيكون فيه الوجهان).

[٤] كتب على هامش (ن): (قال المرداوي في «التحرير»: إذا طال واجب لا =

= أبي بكر بن غنيمة الحلاوي، والفخر ابن المنِّي وغيرهما، وله من المصنفات: المحرر، وشرح الهداية، توفي سنة ٦٥٢هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ٢٣/ ٢٩١، ذيل الطبقات ٤/ ١.

وينبني عليهما مسائل:

منها: إذا أدرك الإمامَ في الرُّكوع بعد فوات قدر الإجزاء منه؛ هل يكون مُدرِكًا له في الفريضة؟

ظاهر كلام القاضي وابن عقيل(١) تخريجها على الوجهين، إذا قلنا: لا يصحُّ اقتداء المفترض بالمتنفِّل.

قال ابن عقيل: ويحتمل أن تجري الزِّيادة مجرى الواجب في باب الاتِّباع خاصَّةً، إذ الاتباع قد يسقط الواجب كما في المسبوق، ومصلِّي الجمعة من امرأة وعبد ومسافر[١].

= حد له؛ كطمأنينة وقيام، فالزائد على قدر الإجزاء نفل عند الأربعة وأكثر أصحابنا وغيرهم، وواجب عند بعض الشافعية والكرخي، وللقاضي: من أدرك الركعة بعد الطمأنينة أدركها، وقيل: لا، انتهى).

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: لو كان هذا المعنى معتبرًا؛ لاعتبر في اقتداء المفترض بالمتنفل، ولم يكن في ذلك خلاف؛ لأن الاقتداء به اتباع، فكان يجزئ ذلك في إسقاط الواجب، وإنما يسقط الاتباع الواجب إذا كان المتبوع متلبِّسًا بالواجب دون التابع كما في الصور المذكورة، وفي مسألتنا الأمر بالعكس، فلا يقاس عليه.

---

(١) هو علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن أحمد البغدادي، الظفري، أبو الوفاء، أحد الأئمة الأعلام، تفقه على القاضي وغيرهم، وله الكثير من المصنفات، منها: الفنون، والفصول في الفقه، ويسمى كفاية المفتي، والمناظرات، والمفردات، وعمد الأدلة، والمنثور، والتذكرة، وغيرها، توفي سنة ٥١٣هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٩/٤٤٣، ذيل الطبقات ١/٣١٦.

ومنها: إذا وجب عليه شاة فذبح بَدَنة؛ فهل كلُّها واجبة أو سُبُعها؟ على وجهين[١].

ومنها: إذا أدَّى عن خمس من الإبل بعيرًا، وقلنا: يجزئه؛ فهل الواجب كلُّه أو خُمُسه؟ حكى القاضي أبو يعلى الصَّغير(١) فيه وجهين[٢]:

فعلى القول بأنَّ خُمُسه واجب: يجزئ عن عشرين بعيرًا أيضًا.

وعلى الآخر: لا يجزئ عن عشرين إلَّا أربعة أبعرة.

ومنها: إذا مسح رأسه كلَّه دفعةً واحدة، وقلنا: الفرض منه قدر النَّاصية؛ فهل الكلُّ فرض، أو قدر النَّاصية منه؟

---

[١] كتب على هامش (د): (أصحهما: أنها كلها واجبة، وهو المجزوم في المذاهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (وقياس ذلك: أنَّ له أنْ يخرج عن خمسة أبعرة خُمُس بعير فقط، وتبقى أربعة أخماسه على ملكه، ومثل ذلك: إذا كان عليه دم يجزئه فيه شاة أو سبع بدنة، فذبح عنه بدنة، فهل كلها واجب، أو سُبُعها؟ فيه وجهان، أظهرهما: سبعها الواجب، وفي «الرعاية» قدم: كلها).

---

(١) هو محمد بن محمد بن محمد بن الحسين، ابن الفراء، القاضي أبو يعلى الصغير، ويلقب عماد الدين، وهو ابن القاضي أبي خازم، ابن القاضي الكبير أبي يعلى، تفقه على أبيه القاضي أبي خازم، وعلى عمه القاضي أبي الحسين، وله مصنفات منها: شرح المذهب، والمفردات وغيرها، توفي سنة ٥٦٠هـ ينظر: العبر في خبر من غبر ٣/ ٣٣، ذيل الطبقات ٢/ ٩٥.

ومنها: إذا أخرج في الزَّكاة سنًّا أعلى من الواجب؛ فهل كلُّه فرض أو بعضه تطوُّع؟

قال أبو الخطاب: كلُّه فرض.

وقال القاضي: بعضه تطوُّع، وهو الصَّواب؛ لأنَّ الشَّارع أعطاه جبرانًا عن الزِّيادة.

فأمَّا ما كان الأصل فرضيته ووجوبه، ثمَّ سقط بعضه تخفيفًا، فإذا فعل الأصل؛ وُصِف الكلُّ بالوجوب على الصَّحيح.

فمن ذلك: إذا صلَّى المسافر أربعًا؛ فإنَّ الكلَّ فرض في حقِّه.

وعن أبي بكر(١): أنَّ الركعتين الأخيرتين نفل، لا يصحُّ(٢) اقتداء المفترض به فيهما، وهو متمشٍّ على أصله، وهو عدم اعتبار نيَّة القصر.

والمذهب الأوَّل.

ومنه: إذا كفَّر الواطئ في الحيض بدينار؛ فإنَّ الكلَّ واجب؛ وإن كان له الاقتصار على نصفه، ذكره في «المغني».

ويتخرَّج فيه وجه من قول أبي بكر.

(١) هو عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد بن معروف، أبو بكر، المعروف بغلام الخلال، شيخ الحنابلة في وقته، تلميذ أبي بكر الخلال، له من المصنفات: المقنع، وكتاب الشافي، وزاد المسافر، وغيرها، توفي سنة ٣٦٣هـ ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١١٩، سير أعلام النبلاء ١٦/ ١٤٣.

(٢) في (ب): تصحُّ.

فأمَّا إن غسل رأسه بدلًا عن مسحه - وقلنا بالإجزاء -؛ ففي السَّائل منه وجهان:

أحدهما: أنَّه مستعمل في رفع حدث؛ لأنَّ الأصل هو الغسل، وإنَّما سقط تخفيفًا.

والثَّاني - وهو الصَّحيح -: أنَّه طهور(١)؛ لأنَّ الغسل مكروه[١]؛ فلا يكون واجبًا.

وقد يقال: والإتمام في السَّفر مكروه أيضًا[٢].

---

[١] وكتب على هامش (د): (وظاهره: ولو مع إمرار يده).

[٢] كتب على هامش (ن): (بلغ قراءة على مولانا قاضي القضاة، كاتبه عبد الله بن هشام الأنصاري).

---

(١) في (أ): طهور وجهًا واحدًا. وهي في (ب) مشطوب عليها.

قاعدة [٤]

العبادات كلُّها - سواء كانت بدنيَّة، أو ماليَّة، أو مركَّبة منهما - لا يجوز تقديمها على سبب وجوبها، ويجوز تقديمها بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب، أو قبل شرط الوجوب[١].

ويتفرَّع على ذلك مسائلُ كثيرةٌ(١):

فمنها: الطَّهارة سبب وجوبها الحدث، وشرط الوجوب فعل العبادة المشترط لها الطَّهارة؛ فيجوز تقديمها على العبادة؛ ولو بالزَّمن الطَّويل بعد الحدث.

ومنها: الصَّلاة؛ فيجوز تقديم صلاة العصر إلى وقت الظُّهر، والعشاء إلى وقت المغرب؛ لأنَّ الشَّارع جعل الزَّوال سببًا لوجوب الصَّلاتين عند العذر دون عدمه.

ولهذا لو أدرك جزءًا من وقت الزَّوال، ثمَّ طرأ عليه عذر؛ لزمه

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: "وقبل الوجوب أو قبل شرط الوجوب" يوهم أنهما يتصوران منفردين، ولا يتصور ذلك؛ فإنه متى وجد سبب الوجوب ولم يوجد الوجوب كان ذلك لتخلف شرطه، فإن قيل: وقد يكون لوجود المانع، قلنا: وجود المانع هو كتخلف الشرط، عدم المانع شرط أيضًا).

(١) قوله: (كثيرة) سقط من (ب) و(هـ).

قضاء الصَّلاتين على إحدى الرِّوايتين[١]، ولو زال العذر في آخر وقت العصر؛ لزمه الصَّلاتان بلا خلاف عندنا.

فعلم أنَّ الوقتين قد صارا في حال العذر كالوقت الواحد، لكنَّه وقت جواز بالنِّسبة إلى إحداهما، ووجوبٍ بالنَّسبة إلى الأخرى.

ومنها: صلاة الجمعة؛ فإنَّ(١) سببها اليوم؛ لأنَّها تضاف إليه، فيجوز فعلها بعد زوال وقت النَّهي من أوَّل اليوم؛ وإن كان الزَّوال هو وقت الوجوب.

ومنها: زكاة المال يجوز تقديمها من أوَّل الحول بعد كمال النِّصاب[٢].

ومنها: كفَّارات الإحرام إذا احتيج إليها للعذر، فإنَّ العذر سببها؛ فيجوز تقديمها بعد العذر وقبل فعل المحظور.

ومنها: صيام التَّمتُّع(٢) والقِران؛ فإنَّ سببه العمرة السَّابقة للحجِّ في أشهره، فبالشُّروع في إحرام العمرة قد وجد السَّبب؛ فيجوز الصِّيام

---

[١] كتب على هامش (أ): (صحَّح أبو البركات عدم الوجوب، ولم يحكَ الوجوب عن غير أبي يحيى البلخيِّ أحد الشَّافعيَّة)، كذا في كتب الشافعية. ينظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي ١/ ٣٩١، بحر المذهب للروياني ١/ ٣٩٦.

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: وزوال المانع، وهو الدين، ووجود الشرط، وهو السوم في الماشية، وهذا [مرشد] إليه ذكر الحول؛ لأنه لا ينعقد إلا بهما).

---

(١) في (أ): لأن.

(٢) في (أ): المتمتع.

بعده، وإن كان وجوبه متأخِّرًا عن ذلك.

فأمَّا الهدي؛ فقد التزمه أبو الخطَّاب في «انتصاره».

ولنا رواية: أنَّه يجوز ذبحه لمن دخل قبل العشر؛ لمشقَّة حفظه عليه إلى يوم النَّحر.

وعلى المشهور: لا يجوز في غير أيَّام النَّحر؛ لأنَّ الشَّرع خصَّها بالذَّبح.

ومنها: كفَّارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين؛ ماليَّةً كانت أو بدنيَّةً[١].

ومنها: إخراج كفَّارة القتل أو الصَّيد بعد الجرح وقبل الزُّهوق.

ومنها: النَّذر المطلق[٢]، نحو: إن شفى الله مريضي فلله عليَّ أن أتصدَّق بكذا؛ فله أن يتصدَّق في الحال، ذكره ابن عقيل في «فنونه».

ويلتحق بهذه القاعدة:

ما يجوز تقديمه على شرط وجوبه بعد وجود سببه من غير

[١] كتب على هامش (ب) و(و) و(ن): (حكى ابن الزَّاغوني رواية: لا يجوز تقديم الكفارة البدنية كالصيام، وزعم ابن عقيل في الأدلة أنها أصح الروايتين، ولم يوافق على ذلك)، وزاد في (ن): (من هامش نسخة مقيد عليها خط المؤلف، بخط من قابلها على المؤلف).

[٢] في هامش (ن): (أي: المعلق)، وفي هامش آخر: (قوله: "النذر المطلق" صوابه غير المطلق، فلعله سقط من النسخ لفظة "غير"، أو أنه عنى النذر المعلق).

العبادات؛ كالإبراء[١] من الدِّية بين الجناية والموت، وأمَّا من القصاص؛ ففيه روايتان[٢].

وكتوفية المضمون عنه للضَّامن الدَّين بين الضَّمان والأداء، وفيه وجهان.

وكعفو الشَّفيع عن الشُّفعة قبل البيع، وفيه روايتان[٣]؛ فإنَّ سبب الشُّفعة الملك وشرطها البيع.

وأمَّا إسقاط الورثة حقَّهم من وصيَّة الموروث في مرضه؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّه لا يصحُّ(١)، وشبَّهه في موضع بالعفو عن الشُّفعة[٤]؛ فخرَّجه الشَّيخ مجد الدِّين في «تعليقه على الهداية» على روايتين.

وكإيتاء المكاتب ربع الكتابة بعد عقدها وقبل كمال الأداء، وهو جائز.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كإبراء المجروح، لا ورثته).

[٢] كتب على هامش (ن): (إحداهما: يصح أيضًا، والثانية: لا يصح إذا كان الجرح مما لا قود فيه لو اندمل؛ لأن سبب القود لم ينعقد بعدها).

[٣] كتب على هامش (و): (الصَّحيح: لا تسقط).

[٤] كتب على هامش (و): (أي: قبل البيع).

---

(١) جاء في مسائل إسحاق الكوسج (٨/ ٤٢٨٨)، ما نصه: قلت: الرجل يستأذن ورثته عند موته أن يوصي بأكثر من الثلث؟ قال: لهم أن يرجعوا في ذلك، قال عبد الله - يعني ابن مسعود -: ذلك التكره لا يجوز.

وذكر ابن قدامة أن أحمد نص على ذلك في رواية أبي طالب. ينظر: المغني ٦/ ١٤٧.

قاعدة [٥]

من عجَّل عبادة قبل وقت الوجوب، ثمَّ جاء وقت الوجوب وقد تغيَّر الحال؛ بحيث لو فعل المعجَّل في(١) وقت الوجوب؛ لم يجزئه؛ فهل يجزئه(٢) أم لا؟

هذا على قسمين:

أحدهما[١]: أن يتبيَّن الخلل في نفس العبادة؛ بأن يظهرَ وقت الوجوب أنَّ الواجب غير المعجَّل، ولذلك صور:

منها: إذا كفَّر بالصَّوم قبل الحنث، ثمَّ حنث وهو موسر؛ قال صاحب «المغني»: لا يجزئه؛ لأنَّا تبيَّنا أنَّ الواجب غير ما أتى به(٣).

---

[١] كتب على هامش (أ): (فائدة: الفرق بين أحدهما وإحداهما: أنَّ الأوَّل إشارة إلى المذكَّر، والثَّاني إلى المؤنَّث).

---

(١) قوله: (في) سقط من (أ).

(٢) في (ب) و(د) و(ج): تجزئه.

(٣) لم نقف على قول ابن قدامة في هذه المسألة في شيء من كتبه، وإنما ذكر: أنه إذا شرع في الصوم، ثم قدر على العتق أو الإطعام أو الكسوة، لم يلزمه الرجوع إليها، فاعترض عليه بما إذا شرع المتمتع في صوم الثلاثة. فقال: قلنا: إذا قدر على الهدي في صوم الثلاثة، تبينا أنه ليس بعادم له في وقته؛ لأن وقت الهدي يوم النحر، بخلاف مسألتنا. ينظر: المغني ٩/ ٥٦٣، المقنع ص ٣٦٧.

وإطلاق الأكثرين يخالف ذلك؛ لأنَّه كان فرضه في الظَّاهر، فبرئ به وانحلَّت يمينه، بمعنى: أنَّها لم تبق منعقدة بالتَّكفير، فصادف فعل المحلوف عليه ذمَّةً بريئة من الواجب؛ فلم يحصل به الحنث؛ لأنَّ الكفَّارة حلَّته.

وقد صرَّح أبو بكر عبد العزيز: بأنَّ الكفَّارة قبل الفعل تحلُّ اليمين المنعقدة، وبعده تُكفِّر أثر المخالفة[١].

ومنها: إذا كفَّر المتمتِّع بالصَّوم، ثمَّ قدر على الهدي وقت وجوبه؛ فصرَّح ابن الزَّاغونيِّ(١) في «الإقناع»: أنَّه(٢) لا يجزئه الصَّوم.

وإطلاق الأكثرين يخالفه، بل وفي كلام بعضهم تصريح به، وربَّما أشعر كلام أحمد بذلك[٢](٣)؛ لأنَّ صومه صحَّ؛ فبرئت ذمَّتُه(٤)،

[١] كتب على هامش (ن): (فعلى هذا؛ لا تكون هذه المسألة من القاعدة؛ لعدم [...] وجوب بعد حل اليمين).

[٢] كتب على هامش (أ): (قال أحمد في رواية حنبل في المتمتع إذا صام أيامًا =

(١) هو علي بن عبيد الله بن نصر بن السري بن الزاغوني البغدادي، أبو الحسن، أحد أعيان المذهب، تفقه على القاضي يعقوب البرزبيني، له تصانيف كثيرة في الفقه وغيره، فمن مصنفاته الفقهية: الإقناع، والواضح، والخلاف الكبير، والمفردات، توفي سنة ٥٢٧هـ. ينظر: المنتظم لابن الجوزي ١٧/ ٢٧٩، ذيل الطبقات ١/ ٤٠٣.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: بأنَّه.

(٣) وقال في رواية ابن منصور في متمتِّع لم يجد الهدي فصام، ثم وجد يوم النَّحر ما يذبح: فمتى دخل في الصَّوم فليس عليه). ينظر: مسائل إسحاق بن منصور الكوسج ٥/ ٢٢٨٨، والتعليقة للقاضي ١/ ٣٠٢.

(٤) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): ذمته به.

فصادف وقت وجوب الهدي ذمَّةً بريئة من عهدة الواجب.

ومنها: إذا عجَّل عن أربع وعشرين من الإبل أربع شياه، ثمَّ نتجت واحدة قبل الحول؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجزئه[١](١)، ويجب عليه إخراج بنت مخاض.

والثَّاني: يجزئه عن العشرين، ويخرج عن الباقي خُمُس بنت مخاض، ولا يقال: إنَّه يجب عليه شاة عن الـخَمْس الزَّائدة الَّتي لم يؤدِّ عنها؛ لئلَّا يفضيَ إلى إيجاب خمس شياه عن خمس وعشرين.

ومنها: إذا صلَّى الصَّبيُّ في أوَّل الوقت، ثمَّ بلغ؛ ففي(٢) وجوب الإعادة وجهان:

المنصوص: أنَّه يجب.

واختار القاضي في «شرح المذهب» خلافه؛ لأنَّه فعل المأمور به في أوَّل الوقت، فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور؛ فامتنع تعلُّقُ الوجوب به لذلك.

وهذا بخلاف ما إذا حجَّ ثمَّ بلغ؛ فإنَّ حجَّه ليس بمأمور به ولا معاقب على تركه، بخلاف الصَّلاة.

= ثم أيسر: أرجو أن يجزئه الصِّيام، ويمضي فيه.

[١] كتب على هامش (ن): (قدمه في «الرعاية الكبرى»).

---

(١) في (ب) و(د) و(ج) و(ن): تجزئه.

(٢) في (أ): في.

والقسم الثَّاني: أن يتبيَّن الخلل في شرط العبادة المعجَّلة؛ فالصَّحيح: أنَّه يجزئه.

ويتفرَّع عليه مسائل:

منها: إذا عجَّل الزَّكاة إلى فقير مسلم، فحال الحول وقد مات، أو ارتدَّ، أو استغنى من غيرها[١].

ومنها: إذا جمع بين الصَّلاتين في وقت أولاهما بتيمُّم، ثمَّ دخل وقت الثَّانية وهو واجد للماء.

ومنها: إذا قصر الصَّلاتين في السَّفر في وقت أولاهما، ثمَّ قدِم قبل دخول وقت الثَّانية.

---

[١] كتب على هامش (أ): (قال ابن تميم: إذا عجَّل الزَّكاة فمات الآخذ، أو ارتدَّ، أو استغنى من غيرها، قبل الحول، أجزأت في الأصح، كما لو استغنى منها، وفيه وجه: لا يجزئه، ذكره ابن عقيل).

قاعدة[١] [٦]

إذا فعل عبادة في وقت وجوبها يظنُّ أنَّها الواجبة عليه، ثمَّ تبيَّن بآخره أنَّ الواجب كان غيرها؛ فإنَّه يجزئه[٢].

ولذلك صور:

منها: إذا أحجَّ المعضوب عن نفسه، ثمَّ برئ؛ فإنَّه يجزئه على المذهب[٣]؛ لأنَّه فعل الواجب عليه في وقته، لا سيَّما إن قيل: ذلك عليه على الفور.

ومنها: إذا كفَّر العاجز عن الصِّيام بالإطعام للإياس من برئه، ثمَّ عوفي؛ فإنَّه لا يلزمه قضاء الصَّوم[٤].

---

[١] كتب على هامش (ج): (أقول: قد يتوقَّف في صحَّة هذه القاعدة).

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: أليق من هذه العبارة أن يقال: إذا أدى بدل العبادة للعجز عن المبدل منه، ثم قدر على المبدل منه بعد فعل البدل؛ فإنه يجزئه، وينبغي أن يجعل من صور هذه القاعدة: ما إذا تيمم وصلى في أول الوقت، ثم وجد الماء في الوقت.

[٣] قال ابن نصر الله رحمه الله: قوله: "على المذهب" يوهم أن فيه خلافًا، ولا نعرف فيه خلافًا.

[٤] كتب على هامش (أ): (ذكر بعضهم في وجوب القضاء احتمالين)، وفي (ن): (في "الفروع": فيه احتمالان).

ومنها: إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فإنَّها تعتدُّ عندنا سنة، فإذا اعتدَّت سنة، ثمَّ رأت الحيض؛ لم يلزمها الاعتداد به[١].

ومنها: إذا صلَّى الظُّهر من لا جمعة عليه لأجل العذر، ثمَّ زال العذر قبل تجميع الإمام؛ فإنَّه لا يلزمه إعادة الجمعة مع الإمام[٢].

وأمَّا ما حكي عن أبي بكر: أنَّه لا يجزئه فعل الظُّهر قبل تجميع الإمام[٣]؛ فمن الأصحاب من بناه على هذا الأصل[٤]، وأنَّه تجب الإعادة؛ لتبيُّنِنا أنَّ الواجب عليه الجمعة.

وليس هذا مأخذ أبي بكر؛ فإنَّه صرَّح بمأخذه: وهو أنَّ وقت الظُّهر في حقِّ من لا جمعة عليه إنَّما يدخل بفعل الجمعة من الإمام، كما لا يدخل وقت الذَّبح في الأضاحي إلَّا بعد صلاة الإمام[٥].

---

[١] كتب على هامش (د) و(و): (وقيل: يلزمها ما لم تتزوَّج، ذكره في «الرِّعاية»)، وفي (ن): (في "الفروع": فيه احتمالان). قلنا: والذي في الفروع ٩/٢٤٦: وجهان.

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: على أصح الروايتين، كما في «الفروع» وغيره).

[٣] قال ابن نصر الله ﷺ: وعلل في «المغني» قول أبي بكر: بعدم تيقن بقاء العذر، فكان كغير المعذور.

[٤] قال ابن نصر الله ﷺ: بناؤه على هذا الأصل يقتضي ثبوت الخلاف فيه، ولم يذكر المصنف في أصل القاعدة خلافًا، ولكن مسائلها كلها فيها الخلاف، إلا مسألة المعضوب، فليس في المذهب فيها خلاف، نعم فيها الخلاف مع الحنفية والشافعية.

[٥] قال ابن نصر الله ﷺ: ومن فروع هذه القاعدة: إذا صلى المتيمم، ثم قدر على الماء والوقت باق، وإذا صلى المريض جالسًا ثم عوفي والوقت باق.

ويلتحق بهذه القاعدة:

ما إذا خفي الاطِّلاع على خلل الشَّرط، ثمَّ تبيَّن؛ فإنَّه يغتفر في الأصحِّ.

فمن ذلك: إذا أدَّى الزَّكاة إلى من يظنُّه فقيرًا، ثمَّ بان(١) أنَّه غنيٌّ؛ فإنَّها تسقط على أصحِّ الرِّوايتين.

ومنها: إذا صلَّى المسافر بالاجتهاد إلى القبلة، ثمَّ تبيَّن الخطأ؛ فإنَّه لا إعادة على الصَّحيح[١].

ومنها: إذا حكم الحاكم بشهادة عدلين في الظَّاهر، ثمَّ تبيَّن فِسقُهما؛ ففي النَّقض روايتان:

رجَّح ابن عقيل في «فنونه»(٢): عدمه، وبه جزم القاضي في كتاب الصَّيد من «خلافه»، والآمديُّ؛ لئلَّا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد.

والمشهور: النَّقض؛ لتعلُّق حقِّ الغير به[٢].

---

[١] كتب على هامش (أ): (قال ابن تميم: لا إعادة عليه، وذكر أبو الفرج وغيره: أنَّ عليه الإعادة إن بان يقينًا، وقال في «الفروع»: ولا إعادة على مخطئ مع اجتهاد أو تقليد سفرًا، وخرَّج في «الواضح» رواية: ما إذا بان الفقير غنيًّا، وفرَّق القاضي وغيره بقدرته على اليقين بأخذ إمام).

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: التي ارتفع حيضها لا يدرى ما رفعه؛ يتعلق حق الغير بعدتها، ولا يلزمها كما تقدم.

---

(١) في (ب) و(د) و(ج) و(هـ): فبان.

(٢) في باقي النسخ: الفنون.

وأمَّا إذا اصطاد بكلب علَّمه، ثمَّ أكل من الصَّيد؛ فإنَّه لا يُحرِّم(١) صيودَه(٢) المتقدِّمة على الصَّحيح؛ لكن مأخذه: أنَّا لم نتبيَّن فساد تعليمه[١]؛ لجواز أن يكون نسيه بعد تعلُّمه، أو نسي إرساله.

فأمَّا الإعادة على من نسي الماء في رحله وتيمَّم ثمَّ صلَّى، أو على من صلَّى صلاة شدَّة الخوف لسوادٍ ظنَّه عدوًّا فلم يكن، أو كان بينه وبينه ما يمنع العبور؛ فإنَّه مبنيٌّ على أنَّه فرَّط بترك البحث والتَّحقيق[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لم يتبين فيه خلل شرط إباحة صيده فيما تقدم؛ لجواز أن يكون أكله الآن لنسيانه، لا لعدم تعلمه).

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: مما يشبه فروع هذه القاعدة: لو فسخ نكاح الزوجة لفقد مال لزوجها الغائب تنفق منه، ثم تبين له مال، والظاهر: صحة الفسخ، وعدم نقضه؛ لأن نفقتها إنما تتعلق بما تقدر عليه من مال زوجها، وأما ما كان خافيًا عنها لا علم لها به فلا تكلف الصبر لاحتماله، ولا تشبه مسألة التيمم إذا نسي الماء في رحله؛ لأن الماء في قبضته ويده، ونسيانه لا يخلو من تقصير وتفريط، بخلاف هذه، ولم أجد في هذه المسألة نقلًا.
وقال أيضًا: وكذلك من صلى يظن الطهارة، فتبين عدمها.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(و): تحرم.

(٢) في (ب): صويده.

قاعدة [٧]

من تلبَّس بعبادة، ثمَّ وَجد قبل فراغها ما لو كان واجدًا له قبل الشُّروع لكان هو الواجبَ دون ما تلبَّس به؛ هل يلزمه الانتقال إليه، أم يمضي ويجزئه؟

هذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون المتلبَّس به رخصة عامَّة، شرعت تيسيرًا على المكلَّف وتسهيلًا عليه، مع إمكان إتيانه بالأصل على ضرب من المشقَّة والتَّكلف؛ فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل؛ كالمتمتِّع إذا عدم الهدي؛ فإنَّه رُخِّص له في الصِّيام رخصة عامة، حتَّى لو قدر على الشِّراء بثمن في ذمَّته وهو موسر في بلده؛ لم يلزمه.

والضَّرب الثَّاني: أن يكون المتلبَّس به إنَّما شرع ضرورةً للعجز عن الأصل وتعذُّره بالكليَّة، فهذا يلزمه الانتقال إلى الأصل عند القدرة عليه، ولو في أثناء التَّلبُّس بالبدل؛ كالعدَّة بالأشهر؛ فإنَّها لا تعتبر بحالٍ مع القدرة على الاعتداد بالحيض، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طالت المدَّة.

وإنَّما جُوِّز لمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه أن تعتدَّ بالأشهر؛ لأنَّ حيضها غير معلوم، ولا مظنون عوده.

وسواء كانت هذه المعتدَّة مكلَّفة قبل هذا بالاعتداد بالحيض؛ كمن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فاعتدَّت بالأشهر ثمَّ حاضت في أثنائها، أو لم تكن مكلَّفة به؛ كالصَّغيرة إذا حاضت في أثناء العدَّة بالأشهر.

وههنا مسائل متردِّدة بين الضَّربين:

منها: من شرع في صيام كفَّارة ظهار أو يمين أو غيرهما، ثمَّ وجد الرَّقبة:

فالمذهب: أنه لا يلزمه الانتقال؛ لأنَّ ذلك رخصة، فهو كصيام المتمتِّع.

وفيه وجه: يلزمه الانتقال؛ لأنَّ الكفَّارات مشروعة للرَّدع والزَّجر، وفيها من التَّغليظ ما ينافي الرُّخصة المطلقة، ولهذا يُلزم شراء الرَّقبة بثمن في الذِّمة إذا كان ماله غائبًا.

ولو لم يجد من يبيعه رقبة بالدَّين وماله غائب؛ فهل يلزمه انتظاره، أو يجوز له العدول إلى الصِّيام للمشقَّة[١]، أو يفرق بين الظِّهار وغيره[٢]؟ على أوجه معروفة.

ومنها: المتيمِّم إذا شرع في الصَّلاة، ثمَّ وجد الماء؛ ففي بطلانها روايتان[٣]؛ لأنَّ التَّيمُّم من حيث كونه رخصة عامَّة؛ فهو كصيام المتمتِّع.

---

[١] قال في هامش (و): (وهو الصحيح).

[٢] كتب على هامش (ن): (فيلزمه الانتظار في الظهار، ويجوز له في غيره العدول إلى الصوم).

[٣] قال في هامش (و): (الصحيح: أنها تبطل).

ومن حيث كونُه ضرورةً؛ يشبه العدَّة بالأشهر، وبيان الضَّرورة: أنَّه تستباح(١) معه الصَّلاة بالحدث، فإنَّه غير رافع له على المذهب؛ فلا يجوز له إتمام الصَّلاة محدثًا مع وجود الماء الرَّافع له.

ومنها: إذا نكح المعسر الخائف للعنت أمةً، ثمَّ زال أحد الشَّرطين؛ فهل ينفسخ نكاحه؟ على روايتين[١]، والنِّكاح فيه شوبُ عبادة.

[١] قال في هامش (و): (الصحيح: أنه لا ينفسخ).

(١) في (أ): يستباح.

قاعدة [٨]

من قدر على بعض العبادة وعجَز عن باقيها؛ هل يلزمه الإتيان بما قدر عليه منها أم لا؟

هذا أقسام:

أحدها: أن يكون المقدور عليه ليس مقصودًا في العبادة، بل هو وسيلة محضة إليها؛ كتحريك اللِّسان في القراءة، وإمرار الموسى على الرَّأس في الحلق والختان: فهذا ليس بواجب؛ لأنَّه إنَّما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع، وقد سقط الأصل، فسقط ما هو من ضرورته.

وأوجبه القاضي في تحريك اللِّسان خاصَّة، وهو ضعيف جدًا.

القسم الثَّاني: ما وجب[١] تبعًا لغيره، وهو نوعان:

أحدهما: ما كان وجوبه احتياطًا للعبادة ليتحقَّق حصولها؛ كغسل رأس(١) المرفقين في الوضوء، فإذا قُطعت اليد من المرفق، هل يجب غسل رأس المرفق الآخر[٢] أم لا؟ على وجهين:

---

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي: أن يكون المقدور عليه مما وجب.

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الباقي، كما عبر به صاحب «المحرر»، وهو ذهاب منهما إلى تسمية رأس كل من عظمي الذراع والعضد بالمرفق؛ إذ الارتفاق حاصل بكل منهما).

---

(١) قوله: (رأس) سقط من (ب).

أشهرهما عند الأصحاب: الوجوب، وهو ظاهر كلام أحمد[(١)].

واختار[(٢)] القاضي في كتاب الحجِّ من «خلافه»: أنَّه مستحبٌّ، وحمل كلام الإمام[(٣)] أحمد على الاستحباب.

هذا إذا بقي شيء من العبادة؛ كما في وضوء الأقطع.

أمَّا إن لم يبق شيء بالكليَّة؛ سقط التَّبع؛ كإمساك جزء من اللَّيل في الصُّوم؛ فلا يلزم من أبيح له الفطر بالاتِّفاق.

والثَّاني: ما وجب تبعًا لغيره على وجه التَّكميل واللَّواحق؛ مثل: رمي الجمار، والمبيت بمنًى لمن لم يدرك الحجَّ:

فالمشهور: أنَّه لا يلزمه؛ لأنَّ ذلك كلَّه من توابع الوقوف بعرفة، فلا يلزم من لم يقف بها.

وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى بلزومها، لأنَّها عبادات بنفسها[(٤)] مستقلَّة.

ومن أمثلة ذلك: المريض إذا عجَز في الصَّلاة عن وضع وجهه على الأرض، وقدر على وضع بقيَّة أعضاء السُّجود؛ فإنَّه لا يلزمه ذلك على الصَّحيح؛ لأنَّ السُّجود على بقيَّة الأعضاء إنَّما وجب تبعًا للسُّجود على

---

(١) قال عبد الله: سألت أبي عمَّن قطعت يده من المرفق، فقال: يغسل الموضع الذي قطع، يُدير عليه الماء يمسح. ينظر: مسائل عبد الله ص٢٩.

(٢) في (ب) و(ن): واختيار.

(٣) قوله: (الإمام) سقط من (أ).

(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): في نفسها.

الوجه وتكميلًا له[١].

والقسم الثَّالث: ما هو جزء من العبادة وليس بعبادة في نفسه[٢]، أو هو غير مأمور به لضرره:

فالأوَّل: كصوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجَز عن إتمامه؛ فلا يلزمه[٣] بغير خلاف.

والثَّاني: كعتق بعض الرَّقبة في الكفَّارة؛ فلا يلزم القادرَ عليه إذا عجز عن التَّكميل؛ لأنَّ الشَّارع قصده تكميل العتق مهما أمكن، ولهذا شرع السِّراية والسِّعاية، وقال: «لَيْسَ لِله شَرِيكٌ»[٤]، فلا يشرع عتق بعض الرَّقبة.

القسم الرَّابع: ما هو جزء من العبادة، وهو عبادة مشروعة في نفسه: فيجب فعله عند تعذُّر فعل الجميع بغير خلاف، ويتفرَّع عليه مسائل كثيرة:

منها: العاجز عن القراءة يلزمه القيام؛ لأنَّه وإن كان مقصوده الأعظم القراءة؛ لكنَّه مقصود أيضًا في نفسه، وهو عبادة منفردة.

---

(١) من قوله: (ومن أمثلة ذلك: المريض) إلى هنا سقط من (أ).

(٢) في (د) و(ج): في نفسه بانفراده.

(٣) في (ب) و(د) و(و) و(هـ): فلا يلزم.

(٤) أخرجه أحمد (٢٠٧٠٩)، و أبو داود (٣٩٣٣)، والنسائي في الكبرى (٤٩٥١)، من حديث أبي المليح، عن أبيه - أسامة الهذلي - رضي الله عنهما: أن رجلًا أعتق شقصًا له من غلام، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «لَيْسَ لِلهِ شَرِيكٌ»، وقواه ابن حجر. ينظر: فتح الباري ٥/ ١٥٩.

ومنها: من عجز عن بعض الفاتحة؛ لزمه الإتيان بالباقي.

ومنها: من عجز عن بعض غسل الجنابة؛ يلزمه الإتيان بما قدر منه؛ لأنَّ تخفيف الجنابة مشروع ولو بغسل أعضاء الوضوء، كما يشرع[١] للجنب إذا أراد النَّوم أو الأكل أو الوطء، ويستبيح به اللَّبث في المسجد عندنا.

ووقع التَّردُّد في مسائل أخر:

منها: المحدث إذا وجد ما يكفي بعض أعضائه؛ وفي وجوب استعماله وجهان.

ومأخذ من لا يراه واجبًا: إمَّا أنَّ الحدث الأصغر لا يتبعَّض رفعه، فلا يحصل به مقصود، أو أنَّه يتبعَّض لكنَّه يبطل بالإخلال بالموالاة فلا يبقى له فائدة، أو أنَّ غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع، بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدَّم.

ومنها: إذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر؛ فهل يلزمه إخراجه؟ على روايتين.

ومأخذ عدم الوجوب: أنَّ كفَّارة بالمال؛ فلا يتبعَّض؛ كما لو قدر على التَّكفير بإطعام بعض المساكين.

والصَّحيح: الوجوب، والفرق بينه وبين الكفَّارة من وجهين:

أحدهما: أنَّ الكفَّارة بالمال تسقط إلى بدل هو الصَّوم، بخلاف الفطرة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الوضوء).

والثَّاني: أنَّ الكفَّارة لا بدَّ من تكميلها، والمقصود من التَّكفير بالمال تحصيل إحدى المصالح الثَّلاث على وجهها، وهي العتق والإطعام والكسوة، وبالتَّلفيق يفوت ذلك؛ فلا تبرأ الذِّمَّة من الوجوب إلَّا بالإتيان بإحدى الخصال بكمالها أو بالصِّيام، وفي الفطرة لا تبرأ الذِّمة منها بدون إخراج الموجود.

قاعدة [٩]

في العبادات الواقعة على وجه محرَّم:

إن كان التَّحريم عائدًا إلى ذات العبادة على وجه يختصُّ(١) بها: لم يصحَّ[١].

وإن كان عائدًا إلى شرطها؛ فإن كان على وجه يختصُّ بها: فكذلك أيضًا.

وإن كان لا يختصُّ[٢] بها؛ ففي الصِّحَّة روايتان: أشهرهما: عدمها.

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: ويشعر هذا بأن يعود إلى ذاتها على وجه لا يختص بها، فمثال ذلك: الصلاة في عمامة حرير أو غصب، فالتحريم عائد إلى نفس الصلاة، ولكنه على وجه غير مختص بها؛ لأنه لو تحرك فيها في غير صلاة كان محرمًا أيضًا، فقوله: «على وجه يختص بها» مفهومه: أنه إذا كان على وجه لا يختص بها لا يكون كذلك، وهو كذلك، بمعنى: أنه إذا كان على وجه يختص بها لم يصح رواية واحدة، وإذا كان على وجه لا يختص بها، وهو عائد إلى ذاتها؛ كالصلاة في عمامة حرير أو غصب، أو في يده خاتم ذهب، ففي صحتها وجهان، أصحهما: الصحة.

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي سواء عاد إلى ذاتها أو إلى شرطها.

(١) في (أ): مختص.

وإن عاد إلى ما ليس بشرط فيها؛ ففي الصِّحَّة وجهان: واختيار أبي بكر عدم الصِّحة. وخالفه الأكثرون.

فللأوَّل(١) أمثلة كثيرة:

منها: صوم يوم العيد؛ فلا يصحُّ بحال[١] على المذهب.

ومنها: الصَّلاة في أوقات النَّهي[٢].

ومنها: الصَّلاة في مواضع النَّهي؛ فلا تصحُّ على القول بأنَّ النَّهي للتَّحريم، وإنَّما تصحُّ على القول بأنَّ النَّهي للتَّنزيه، هذه طريقة المحقِّقين.

وإن كان من الأصحاب من يحكي الخلاف في الصِّحَّة مع القول بالتَّحريم.

ومنها: صيام أيَّام التَّشريق؛ فلا يصحُّ تطوُّعًا بحال.

والخلاف في صحَّة صومها فرضًا مبنيٌّ على أنَّ النَّهي هل يشمل الفرض أم يخصُّ(٢) التَّطوُّع؟

وللثَّاني[٣] أمثلة كثيرة(٣):

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: «بحال» أي: سواء كان عن نفل أو فرض، فإن في الفرض رواية بالصحة).

[٢] كتب على هامش (ن): (وفي انعقادها قولان).

[٣] كتب على هامش (ن): (الثاني: هو أن يعود التحريم إلى شرطها على وجه يختص بها).

---

(١) في (ب) و(ج): وللأوَّل.

(٢) في (ب) و(د): يختص.

(٣) في (أ): كثير.

منها: الصَّلاة بالنَّجاسة وبغير سترة، وأشباه ذلك.

وللثَّالث[١] أمثلة:

منها: الوضوء بالماء المغصوب.

ومنها: الصَّلاة في الثَّوب المغصوب والحرير، وفي الصِّحَّة روايتان.

وعلى رواية عدم الصِّحَّة: فهل المبطل ارتكاب النَّهي في شرط العبادة، أم ترك الإتيان بالشَّرط المأمور به؟

للأصحاب فيه مأخذان؛ ينبني عليهما: لو لم يجد إلَّا ثوبًا مغصوبًا فصلَّى فيه؛ فإن علَّلنا بارتكاب النَّهي؛ لم تصحَّ صلاته، وإن علَّلنا بترك المأمور؛ صحَّت؛ لأنَّه غير واجد لسترة يؤمر بها.

وأمَّا من لم يجد إلَّا ثوب حرير؛ فتصحُّ صلاته فيه بغير خلاف على أصحِّ الطَّريقين؛ لإباحة لبسه في هذه الحال[٢].

ومنها: الصَّلاة في البقعة المغصوبة، وفيها الخلاف.

وللبطلان مأخذان أيضًا[٣]:

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو أن يعود التحريم إلى شرطها على وجه لا يختص بها).

[٢] قال في هامش (و): (أي: فلم يكن فيه ارتكاب نهي).

[٣] قال ابن نصر الله رحمه الله: فالمأخذ الأول؛ يصح به كون الصلاة في الدار المغصوبة مثالًا لعبادة وقعت على وجه محرم يعود التحريم فيها إلى شرطها، وهو البقعة، لا إلى ذاتها، وأما على المأخذ الثاني؛ فالظاهر أن ذلك يكون من أمثلة ما يكون التحريم فيه عائدًا على ذات العبادة على وجه يختص بها؛ =

أحدهما: أنَّ البقعة شرط للصَّلاة، ولهذا لا تصحُّ الصَّلاة في الأرجوحة، ولا على بساط في الهواء.

الثَّاني: أنَّ حركات المصلِّي وسكناته في الدَّار المغصوبة هو نفس المحرَّم؛ فالتَّحريم عائد إلى نفس الصَّلاة، وإن كان غير مختصٍّ بها؛ فهو كإخراج الزكَّاة والهدي من المال المغصوب.

وللرَّابع[١] أمثلة:

منها: الوضوء من الإناء المحرَّم.

ومنها: صلاة من عليه عمامة غصب أو حرير أو في يده خاتم ذهب، وفي ذلك كلِّه وجهان، واختيار أبي بكر عدم الصِّحَّة.

وأمَّا من عليه ثوبان أحدهما غصب:

فقيل: هو مخرَّج على هذين الوجهين.

وقيل: بل(١) هو كمن ليس عليه سوى الثَّوب المغصوب؛ لأنَّ

= لأن كون ماهية أفعال الصلاة من الحركات والسكنات محرمة، وهي بعينها هي نفس العبادة هو معنى خاص بالصلاة، بخلاف الصلاة في عمامة غصب؛ فإنَّ التحريم متعلق بلبسها وبالرأس، ولا يعم أفعال الصلاة؛ ولهذا كان الصحيح فيه الصحة، والصحيح في الصلاة في الدار المغصوبة البطلان؛ لأن التحريم في الدار المغصوبة عائد إلى ذات الصلاة على وجه يختص بها بالمعنى المذكور، وفي العمامة على وجه لا يختص بها، فافترقا.

[١] كتب على هامش (ن): (الرابع: هو أن يعود التحريم إلى ذات العبادة على =

(١) قوله: (بل) سقط من (ب).

المباح لم يتعيَّن للسَّتر، بل السَّتر حصل بواحد غير معيَّن.

وأمَّا الحجُّ بالمال المغصوب؛ ففي صحَّته روايتان:

فقيل: لأنَّ المال شرطٌ لوجوبه، وشرط الوجوب كشرط الصِّحَّة[١].

ورجَّح ابن عقيل الصِّحَّة، وجعله من القسم الرَّابع، ومنع كون المال شرطًا لوجوبه؛ لأنَّه يجب على القريب بغير مال.

وليس بشيء، فإنَّه شرط في حقِّ البعيد خاصَّة، كما أنَّ المَحْرَم شرطٌ في حقِّ المرأة دون الرَّجل، والله أعلم(١).

= وجه لا يختص بها، وهنا كذلك؛ لأن التحريم عائد إلى الوضوء، وهو ذات العبادة على وجه لا يختص به؛ لأن تحريم الإناء المحرم لا يختص بالوضوء).

وعلق محشٍّ آخر على هذا التعليق فقال: (هو أن يكون النهي عائدًا إلى غير ذات العبادة وإلى غير شرطها، فإن التحريم إنما توجه إلى الإناء؛ أي: حرم استعماله [. . . .] الفاسدة [. . . .] ذلك، فليتأمل).

[١] كتب على هامش: (و): (في التوقف على كل منهما).

وكتب على هامش (ن): (لمانع أن يمنع كون شرط الوجوب كشرط الصحة؛ فإنه لو أتى بالعبادة مع فقد شرط الوجوب صحت، ولو أتى بها مع فقد شرط الصحة لم تصح، فعلم أنَّ لشرط الصحة مزية في تأثيره في العبادة ليست لشرط الوجوب، فلا يصحُّ تساويهما في الحكم).

---

(١) قوله: (والله أعلم) سقط من (ب) و(ج) و(ن).

قاعدة [١٠]

الألفاظ المعتبرة في العبادات والمعاملات:

منها: ما يعتبر لفظه ومعناه، وهو القرآن؛ لإعجازه بلفظه ومعناه، فلا يجوز(١) التَّرجمة عنه بلغة أخرى.

ومنها: ما يعتبر معناه دون لفظه؛ كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود، وألفاظ الطَّلاق.

ومنها: ما يعتبر لفظه مع القدرة عليه دون العجز.

ويدخل تحت ذلك صور:

منها: التَّكبير والتَّسبيح والدُّعاء في الصَّلاة، لا تجوز(٢) التَّرجمة عنه مع القدرة عليه.

ومع العجز عنه؛ هل يلحق بالقسم الأوَّل فيسقط، أو بالثَّاني فيأتي به بلغته؟ على وجهين[١].

---

[١] قال في هامش (و): (الصحيح: يأتي به).

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): تجوز.

(٢) في (ب) و(هـ): لا يجوز.

ومنها: خطبة الجمعة لا تصحُّ مع القدرة بغير العربيَّة على الصَّحيح، وتصحُّ(١) مع العجز.

ومنها: لفظ النِّكاح ينعقد مع العجز بغير العربيَّة.

ومع القدرة على التَّعلُّم، فيه وجهان[١].

ومنها: لفظ اللِّعان، وحكمه حكم لفظ النِّكاح.

---

[١] قال في هامش (و): (الصحيح: أنه ينعقد).

---

(١) في (ب): ويصحُّ.

قاعدة [١١]

من عليه فرض؛ هل له أن يتنفَّل قبل أدائه بجنسه أم لا؟

هذا نوعان:

أحدهما: العبادات المحضة:

فإن كانت موسَّعة: جاز التَّنفل قبل أدائها؛ كالصَّلاة بالاتِّفاق، وقبل قضائها أيضًا؛ كقضاء رمضان على الأصحِّ.

وإن كانت مضيَّقة: لم يصحَّ(١) على الصَّحيح، ولذلك صور:

منها: إذا تضايق وقت المكتوبة؛ هل ينعقد النَّفل حينئذ؟ على وجهين.

ومنها: من عليه صلاة فائتة؛ هل يصحُّ التَّنفل المطلق قبل قضائها؟ على وجهين[١]؛ لأنَّ قضاء الفوائت على الفور.

ومنها: إذا شرع في التَّنفل بعد إقامة الصَّلاة المكتوبة؛ فهل يصحُّ؟ على وجهين[٢]؛ لأنَّ الجماعة واجبة.

---

[١] قال في هامش (و): (الصحيح: أنه لا يصح).

[٢] قال في هامش (و): (الصحيح: أنه لا يصح).

---

(١) في (ب) و(و): لم تصحَّ.

ومنها: صوم رمضان؛ لا يصحُّ أن يصوم فيه عن غيره.

فإن فعل؛ لم يصحَّ عن نفله، وهل ينقلب عن فرضه؟ ينبني على وجوب نيَّة التَّعيين(١).

ومنها: إذا حجَّ تطوُّعًا قبل حجَّة الإسلام؛ لم يقع عن التَّطوع، وانقلبت عن حجَّة الإسلام على المذهب الصَّحيح.

ومنها: لو حجَّ عن نذره، أو عن نفل، وعليه قضاء حجَّة فاسدة؛ وقعت عن القضاء دون ما نواه على المذهب أيضًا.

فأمَّا إن تنفَّل بالحجِّ بعد قضاء حجَّة الإسلام وقبل الاعتمار، أو بالعكس[١]؛ فهل يجوز أم لا؟

قال في «التَّلخيص»: ينبني على أنَّ النُّسك هل هو على الفور أو لا؛ فإن قلنا: على الفور؛ لم يجز، وإلَّا جاز، وفيه نظر.

وأمَّا الزَّكاة؛ فقال الأصحاب: يصحُّ أن يتنفَّل بالصَّدقة قبل أدائها؛ وإن كانت على الفور[٢].

---

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: وهو أن يتنفل بعمرة بعد قضاء عمرة الإسلام وقبل الحج، وهذه الصورة ينبغي أن يكون محل الخلاف فيها: أن يتنفل بالعمرة في أوان الحج، أما لو تنفل بها قبل أوانه أو بعده؛ فالذي ينبغي أن يجزم بالصحة، ولا يتوجه فيه خلاف.

[٢] كُتب على هامش (ب): (واختار الشيخ تقي الدين: أنه لا يصح، واحتج على ذلك بقوله سبحانه: ﴿وَسَيُجَنَّبُهَا ٱلْأَتْقَى ﴿١٧﴾ ٱلَّذِى يُؤْتِى مَالَهُۥ يَتَزَكَّىٰ ﴿١٨﴾ وَمَا لِأَحَدٍ عِندَهُۥ مِن نِّعْمَةٍ تُجْزَىٰٓ ﴿١٩﴾﴾ [الليل: ١٧-١٩]).

---

(١) في (ب): التَّعين.

وكذلك نصَّ أحمد في رواية مهنَّى(١) فيمن عليه زكاة ونذر: لا يبالي بأيِّهما يبدأ.

وهذا إذا كان ماله يتَّسع لهما، فأمَّا إن لم يتَّسع؛ فسنذكره.

النَّوع الثَّاني: التَّصرُّفات الماليَّة؛ كالعتق والوقف والصَّدقة والهبة؛ إذا تصرَّف بها وعليه دين، ولم يكن حُجِر عليه؛ فالمذهب: صحَّة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك[١].

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين ﵀(٢): أنَّه لا ينفذ شيءٌ من ذلك مع مطالبة الغرماء، وحكاه قولًا في المذهب(٣).

---

[١] كتب في هامش (ب): (وكذا هو اختيار البخاري، وحكي عن مالك، وذكر صاحب المغني أن نفوذه لا يعلم فيه خلافًا).

---

(١) هو مهنَّى بن يحيى الشامي السلمي، أبو عبد الله، من كبار أصحاب أحمد، روى عنه من المسائل ما فخر به، وكان أبو عبد الله يكرمه، ورحل معه إلى عبد الرزاق، وصحبه إلى أن مات، ومسائله أكثر من أن تحد من كثرتها. ينظر: تاريخ بغداد ١٥/ ٣٥٨، طبقات الحنابلة ١/ ٣٤٥.

(٢) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني، تقي الدين، أبو العباس، شيخ الإسلام، وشهرته تغني عن الإطناب في ذكره، والإسهاب في أمره، توفي سنة ٧٢٨هـ. ينظر: ذيل الطبقات ٤/ ٤٩١، المقصد الأرشد ١/ ١٣٢.

(٣) قال في الفروع (٦/ ٤٦٤): (وتصرفه قبل الحجر نافذ، نص عليه، مع أنه يحرم إن أضر بغريمه، ذكره الآمدي البغدادي، وقيل: لا ينفذ، ذكره شيخنا واختاره، وذكره أيضًا رواية). وينظر: إعلام الموقعين (٤/ ٧).

ويمكن تخريجه في المذهب من أصلين:

أحدهما: ما نصَّ عليه أحمد في[(١)] رواية حنبل فيمن تبرعَّ بماله - بوقف أو صدقة - وأبواه محتاجان: أنَّ لهما ردَّه، واحتجَّ بالحديث المرويِّ في ذلك[(٢)].

والثَّاني: أنَّه نصَّ في رواية أخرى على أنَّ من أوصى لأجانب وله أقاربُ محتاجون أنَّ الوصية تردُّ عليهم.

فيخرَّج من ذلك: أنَّ من تبرَّع وعليه نفقة واجبة لوارث، أو دين ليس له وفاء: أنَّه يُردُّ، ولهذا نبيع المدبَّر في الدَّين خاصَّة على رواية.

ونقل ابن منصور[(٣)] عن أحمد فيمن تصدَّق عند موته بماله كلِّه،

---

(١) في (أ): من.

(٢) لعله يشير إلى حديث أخرجه ابن عدي في الكامل (٢/ ٤٦١)، من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: تفوَّت رجل من مال نفسه بمالٍ، فجاء أبوه إلى رسول الله ﷺ، فأعلمه ذلك، فأرسل رسول الله ﷺ إليه، فقال له: «ارْدُدْ عَلَى أَبِيكَ مَا حَبَسْتَ عَلَيْهِ، فَإِنَّكَ وَمَالَكَ كَسَهْمٍ مِنْ كِنَانَتِكَ». وأشار ابن عدي إلى ضعفه بالحارث بن عبيدة.
وبنحوه حديث: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»، قال الزيلعي: (روي من حديث جابر، ومن حديث عائشة، ومن حديث سمرة بن جندب، ومن حديث عمر بن الخطاب، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث ابن عمر)، وانظر تخريجه في تحقيقنا على الروض المربع ٢/ ٤٩٣.

(٣) هو إسحاق بن منصور بن بهرام أبو يعقوب الكوسج المروزي، صحب أحمد ودون عنه مسائل كثيرة، توفي سنة ٢٥١هـ. ينظر: تاريخ بغداد ٧/ ٣٨٥، طبقات الحنابلة ١/ ١١٣.

قال: هذا مردود، ولو[١] كان في حياته؛ لم أجوِّز له إذا كان له ولد[٢].

(١) في (أ) و (ج) و(و): لو.

(٢) مسائل إسحاق بن منصور الكوسج (٨/ ٤٣١٥).

قاعدة [١٢]

المذهب: أنَّ العبادات الواردة على وجوه متنوِّعة يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه الواردة فيها من غير كراهة لبعضها، وإن كان بعضها أفضل من بعض.

لكن هل الأفضل المداومة على نوع منها، أو فعل جميع الأنواع في أوقات شتَّى؟

ظاهر كلام الأصحاب: الأوَّل.

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين: الثَّاني(١)؛ لأنَّ فيه اقتداءً بالنَّبيِّ ﷺ في تنوُّعه.

وقاله ابن عقيل في صلوات الخوف: إنَّها تنوَّعت بحسب المصالح؛ فيصلِّي في كلِّ وقت على صفة تكون مناسبة له.

وهل الأفضل[١] الجمع بين ما أمكن جمعه من تلك الأنواع، أو الاقتصار على واحد منها؟

---

[١] في هامش (ن): (أي: على القول بأن الأفضل فعل جميع الأنواع في أوقات شتى).

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٢/ ٣٣٥.

هذا فيه نزاع في المذهب، ويندرج تحت ذلك صورٌ:

منها: مسح الأذنين، المذهب: أنَّه يستحبُّ مسحهما مرَّة، إمَّا مع الرَّأس، أو بماء جديد، ولا يسنُّ الجمع بينهما.

وحُكي عن القاضي عبد الوهاب بن جلبة قاضي حرَّان(١): أنَّ الأفضل الجمع بينهما(٢)؛ عملًا بالحديثين[١].

---

[١] جاء في هامش (ن): (أي: حديث "الأذنان من الرأس"، وحديث ابن عمر أنه كان يفردهما بماء جديد، وهو موقوف عليه وليس مرفوعًا، حكاه عنه أحمد، وفيه أيضًا حديث عبد الله بن زيد أنه ﷺ أخذ لأذنيه ماء خلاف الماء الذي أخذ لرأسه، رواه البيهقي في سننه وقال: إسناده صحيح).

قلنا: أثر ابن عمر رضي الله عنهما من فعله أخرجه البيهقي في الكبرى (٣١١)، وحديث عبد الله بن زيد الأنصاري رضي الله عنه أخرجه الحاكم (٥٣٨) وغيره، قال: «رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ، فأخذ ماءً لأذنيه خلاف الماء الذي =

---

(١) هو عبد الوهاب بن أحمد بن عبد الوهاب بن جلبة البغدادي ثم الحرَّاني، أبو الفتح، قاضي حران، تفقه على أبي يعلى، وكتب كثيرًا من مصنفاته، وكان ناشرًا لمذهب الحنابلة بحرَّان داعيًا إليه في تلك الديار، وكان مفتيها وواعظها وخطيبها ومدرسها، توفي سنة ٤٧٦هـ. ينظر: الطبقات لابن أبي يعلى ٢/ ٢٤٥، ذيل الطبقات ١/ ٩٥.

(٢) قال في الإنصاف (١/ ٢٨٩): (قال ابن رجب في «الطبقات»: ذكر الشيخ تقي الدين في «شرح العمدة»، أن أبا الفتح ابن جلبة- قاضي حران - كان يختار مسح الأذنين بماء جديد بعد مسحهما بماء الرأس. قال ابن رجب: (وهو غريب جدًّا)، والذي رأيناه في «شرح العمدة»، أنه قال: ذكر القاضي عبد الوهاب، وابن حامد، أنهما يمسحان بماء جديد بعد أن يمسحا بماء الرأس، قال: وليس بشيء. فزاد ابن حامد، والظاهر أن القاضي عبد الوهاب هو ابن جلبة قاضي حران).

ومنها: الاستفتاح، فالمذهب: أنَّ الأفضل الاستفتاح بـ «سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ»(١)، مقتصرًا عليه.

واختار ابن هبيرة(٢): أنَّ الجمع بينه وبين الاستفتاح بـ «وَجَّهْتُ وَجْهِي»(٣) أفضل.

= مسح به رأسه».

وحديث مسح الأذنين بماء الرأس: أخرجه أبو داود (١٠٨)، من حديث عثمان رضي الله عنه لما وصف وضوء رسول الله ﷺ، وفيه: «ثم أدخل يده فأخذ ماء فمسح برأسه وأذنيه»، وثَمَّ أحاديث أخر.

وجاء في هامش (و): (حكاه الشيخ تقي الدين عنه في شرح الهداية)، قلنا: شرح الهداية إنما هو لجده مجد الدين أبي البركات، وقد حكاه عنه الشيخ تقي الدين ابن تيمية في شرح العمدة، قال: (وذكر القاضي عبد الوهاب وابن حامد أنهما يمسحان بماء جديد بعد أن يمسحا بماء الرأس، وليس بشيء). ينظر: شرح العمدة، كتاب الطهارة ص ١٩١.

---

(١) أخرجه مسلم (٣٩٩)، عن عمر رضي الله عنه موقوفًا.

(٢) هو يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، الدوري، ثم البغدادي، الوزير العالم العادل، أبو المظفر، قرأ الفقه على أبي بكر الدينوري، وقيل: وعلى أبي الحسين بن الفراء، له مصنفات في الفقه وغيره، من أهمها: الإفصاح عن معاني الصحاح، توفي سنة ٥٦٠هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ٢٠/٤٢٦، ذيل الطبقات ٢/١٠٧.

(٣) أخرجه مسلم (٧٧١)، من حديث علي رضي الله عنه.

وذكر الشَّيخ تقيُّ الدِّين: أنَّه يستفتح كذلك(١).

ولكن ورد في الجمع أحاديث متعدِّدة، وفيها ضعف، وبتقدير ثبوتها؛ فلا تكون المسألة من هذا القبيل.

ومنها: إجابة المؤذِّن؛ هل يشرع فيها الجمع بين الحيعلة والحوقلة، أم لا؟

وكذا في التَّثويب في الفجر؟ فيه وجهان[١].

ومنها: سنَّة الجمعة بعدها، نقل إبراهيم الحربيُّ(٢) عن أحمد: أنَّه(٣) قال: أمر النَّبيُّ ﷺ بأربع ركعات(٤)، وصلَّى هو ركعتين(٥)، فأيُّهما فعلت(٦) فحسنٌ، وإن أردت أن تحتاط؛ صلَّيت ركعتين وأربعًا، جمعت فعله وأمره.

---

[١] في هامش (ن): (أكثر كلام الأصحاب على عدم الجمع).

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٢/٣٤٣.

(٢) هو إبراهيم بن إسحاق بن إبراهيم بن بشر بن عبد الله بن ديسم أبو إسحاق الحربي، كان إمامًا في العلم، رأسًا في الزهد، عارفًا بالفقه، ونقل عن الإمام أحمد مسائل، توفي سنة ٢٨٥هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/٨٦.

(٣) قوله: (أنَّه) سقط من (هـ).

(٤) أخرجه مسلم (٨٨١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا صلى أحدكم الجمعة فليصل بعدها أربعًا».

(٥) أخرجه البخاري (٩٣٧) ومسلم (٧٢٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أن رسول الله ﷺ كان يصلي قبل الظهر ركعتين، وبعدها ركعتين، وبعد المغرب ركعتين في بيته، وبعد العشاء ركعتين، وكان لا يصلي بعد الجمعة حتى ينصرف، فيصلي ركعتين».

(٦) في (ب): فعل.

وهذا مأخذ غريب لاستحباب السِّتِّ.

أمَّا الأصحاب؛ فلم يستندوا إلَّا إلى ما نقل عن بعض الصَّحابة من صلاته ستَّ ركعات(١).

ومنها: ألفاظ الصَّلاة على النَّبيِّ ﷺ في التَّشهُّد؛ فإنَّه ورد فيها: «كما صلَّيت على آل إبراهيم»(٢)، وورد: «كما صليت على إبراهيم»(٣)، فهل يقال: الأفضل الجمع بينهما؟

فإنَّ من الأصحاب من اختار الجمع بينهما، وقد يكون مستنده جمع الرِّوايتين.

وأنكر الشَّيخ تقيُّ الدِّين(٤)[١] رَحِمَهُ اللَّهُ ذلك، وقال(٥): لم يبلغني فيه حديث مسند ثابت بالجمع بينهما، ولا يصحُّ أن يجمع بين الرِّوايتين؛ لأنَّه كان يقول هذا تارة، وهذا تارة، فأحد اللَّفظين بدلٌ عن الآخر،

[١] قوله: (تقي الدين) ضُرب عليها في (ن) وكتب على هامشها: (لعله الشيخ تقي الدين، والعجب من إنكاره ذلك، مع أن حديث الجمع بينهما قد ذكره في «المغني»).

(١) قال ابن المنذر: (روي هذا القول عن علي بن أبي طالب، وابن عمر، وأبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ)، ثم ساق أسانيدها. ينظر: الأوسط ٤/ ١٢٥.

(٢) أخرجه البخاري (٤٧٩٧)، ومسلم (٤٠٦)، من حديث كعب بن عجرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
وأخرجه البخاري (٣٣٦٩)، ومسلم (٤٠٧)، من حديث أبي حميد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) أخرجه البخاري (٣٣٧٠)، من حديث كعب بن عجرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
وأخرجه البخاري أيضًا (٦٣٥٨)، من حديث أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) قوله: (تقي الدِّين) سقط من (أ) و(ج).

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٢/ ٤٥٦).

ولا يصحُّ الجمع بين البدل والمبدل[١].

كذا قال! وقد ثبت في «صحيح البخاريِّ» الجمع بينهما من حديث كعب[٢] بن عجرة(١)، وأخرجه النَّسائيُّ من حديث كعب أيضًا(٢)، ومن حديث طلحة(٣).

[١] كتب على هامش (ن): (لأن القاعدة معقودة لما يمكن فيه الجمع، والجمع بين البدل والمبدل ممتنع).

[٢] كتب على هامش (ن): (ذكره البخاري في سورة الأحزاب من رواية أبي سعيد، لا من رواية كعب، لكنه إنما ذكر الجمع بينهما فيه بعد قوله: "وبارك" فقط)، قلنا: بل ذكره البخاري من رواية كعب في كتاب أحاديث الأنبياء (٣٣٧٠).

ثم قال في هامش (ن): (وعلى تقدير ثبوت الجمع؛ فليس ذلك مندرجًا تحت القاعدة).

(١) أخرجه البخاري (٣٣٧٠)، بلفظ: «اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، كما صليت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، إنك حميد مجيد».

(٢) أخرجه النسائي في المجتبى (١٢٨٨)، وفي السنن الكبرى (١٢١٢).

(٣) في (ب) و(ج) و(و) و(هـ): أبي طلحة. والحديث أخرجه النسائي (١٢٩٠)، من حديث موسى بن طلحة عن أبيه.

قاعدة [١٣]

إذا وجدنا أثرًا معلولًا لعلَّة، ووجدنا في محلِّه علَّة صالحة له، ويمكن أن يكون الأثر معلولًا لغيرها، لكن لا يتحقَّق وجود غيرها؛ فهل يحال ذلك الأثر على تلك العلَّة المعلولة(١) أم لا؟

في المسألة خلاف، ولها صور كثيرة قد يقوى في بعضها الإحالة وفي بعضها العدم؛ لأنَّ الأصل[١] أن لا علة سوى هذه المتحقِّقة[٢]، وقد يظهر في بعض المسائل الإحالة عليها فيتوافق الأصل والظَّاهر، وقد تظهر(٢) الإحالة على غيرها فيختلفان[٣].

فمن صور المسألة: ما إذا وقع في الماء نجاسة، ثمَّ غاب عنه، ثمَّ وجده متغيِّرًا؛ فإنَّه يُحكم بنجاسته عند الأصحاب؛ إحالة للتَّغيُّر على النَّجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود مغيِّر غيرها.

---

[١] كتب في هامش (و): (المراد بالأصل هنا: المستصحب).

[٢] كتب على هامش (ن): (هذا تعليل لقوة الإحالة، لا لعدم الإحالة، فكان ينبغي تقديمه على قوله: «وفي بعضها العدم»).

[٣] كتب في هامش (و): (كما في مسألة الصيد الآتية على الرواية الثالثة).

---

(١) في (أ) و(ن): المعلومة.

(٢) في (ب) و(د) و(و): يظهر.

وخرَّج بعض المتأخرين فيه(١) وجهًا آخر[١]: أنَّه طاهر، من مسألة الصَّيد الآتية وأولى؛ لأنَّ الأصل طهارة الماء؛ فلا يزال عنها بالشَّكِّ.

ومنها: ما إذا وُجد من النَّائم قبل نومه سببٌ يقتضي خروج المذي منه من تفكُّر أو ملاعبة ونحوها، ثمَّ نام واستيقظ ووجد بللًا لم يتيقَّنه منيًّا، ولم يذكر حلمًا:

فإنَّ المنصوص عن أحمد: أنَّه لا غسل عليه؛ إحالةً للخارج على السَّبب المتيقَّن، وهو المقتضي لخروج المذي؛ لأنَّ الأصل عدم وجود غيره، وقد تيقَّن وجوده.

وحكي عن أحمد رواية أخرى: بوجوب الغسل.

ومنها: لو جرح صيدًا جرحًا غير مُوحٍ، ثمَّ غاب عنه ووجده ميتًا ولا أثر فيه غير سهمه؛ فهل يحلُّ أكله؛ على روايتين:

أصحُّهما: أنَّه يحلُّ؛ لحديث عديِّ بن حاتم[٢].

---

[١] كتب على هامش (أ): (قوله: "وخرَّج بعض المتأخِّرين فيه وجهًا" قلت: علم من ذلك أنَّ الوجه للأصحاب، والرِّواية للإمام أحمد، كما ذكر ذلك العلَّامة المحقِّق المدقِّق الشَّيخ عليُّ بن سليمانَ المرداويُّ الحنبليُّ في «حاشيته على المقنع»، المسمَّاة بـ«الإنصاف في مسائل الخلاف»، انتهى، قاله الفقير إلى الله العليِّ عبدُه عثمان بن مزيد الحنبليُّ، عفى عنه).

[٢] كتب في هامش (و): (قال: سألت النَّبيَّ ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك =

---

(١) وفي (ب): خرج فيه بعض المتأخرين.

والثَّانية: لا يحلُّ؛ لقول ابن عبَّاس: «كلُ ما أصميت، ودَع ما أنميت»(١)[١]، ولذلك تسمَّى: مسألة الإصماء والإنماء.

وفيه رواية ثالثة: إن غاب عنه ليلة لم يحلَّ، وإلَّا حلَّ.

وفيه حديث مرفوع فيه ضعف(٢)، وعُلِّل بأنَّ هوامَّ اللَّيل كثير؛ فكأنَّ

= المعلَّم، فقتل، فكل، وإذا أكل؛ فلا تأكل»). أخرجه البخاري (١٧٥)، ومسلم (١٩٢٩).

[١] كتب في هامش (أ): (قال الجوهريُّ: أصميت الصَّيد: إذا رميت فقتلته وأنت تراه، وأنميت: إذا رميته فغاب عنك ثمَّ مات، وفي الحديث: «كل ما أصميت ودع ما أنميت»).

كتب في هامش (هـ): (قال ابن الأثير: الإصماء: أن يقتل الصيد مكانه، ومعناه: سرعة إزهاق الروح، من قولهم للمسرع: صميان. والإنماء: أن تصيب إصابة غير قاتلة في الحال، يقال: أنميت الرمية، ونمت بنفسها، ومعناه: إذا صدت بكلب أو سهم أو غيرهما فمات وأنت تراه غير غائب عنك فكل منه، وما أصبته ثم غاب عنك فمات بعد ذلك فدعه، لأنك لا تدري أمات بصيدك أم بعارض آخر، والله أعلم).

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٨٩٠١)، وفي معرفة السنن والآثار (١٨٨٠٢)، عن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفًا، ورواه مرفوعًا من وجه آخر وضعف المرفوع.

(٢) أخرج أبو داود في المراسيل (٣٨٣)، والبيهقي (١٨٨٩٩)، من حديث أبي رزين، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ بصيد فقال: إني رميته بالليل فأعياني، ووجدت سهمي فيه من الغد، وقد عرفت سهمي، فقال: «الليل خلق من خلق الله عظيم، لعله أعانك عليها بشيء أبعدها عنك»، قال البيهقي: (وأبو رزين هذا اسمه مسعود مولى شقيق بن سلمة، وليس بأبي رزين مولى رسول الله ﷺ، والحديث مرسل، قاله البخاري).

الظَّاهر هنا - وهو وجود سبب آخر حصل منه الزُّهوق - قوي على الأصل، وهو عدم إصابة غير السَّهم له.

ومنها: لو جرح المحرم صيدًا جرحًا غير مُوحٍ، ثمَّ غاب عنه، ثمَّ وجده ميتًا؛ فهل يضمنه كلَّه أو أرش الجرح؟ على وجهين.

وجزم بعض الأصحاب: بضمان أرش الجرح فقط؛ لأنَّه المتيقَّن، والأصل براءة الذِّمة.

ومنها: لو جرح آدميًّا معصومًا جرحًا غير مُوحٍ، ثمَّ مات وادَّعى أنَّه مات بسبب غير سراية جرحه، وأنكر الوليُّ؛ فالقول قول الوليِّ مع يمينه، ولم يَحكِ أكثر الأصحاب في ذلك خلافًا[١]؛ إحالة للزُّهوق على الجرح المعلوم.

وفي «المجرد»: (أنَّه إن مات عقيب الجرح؛ فالقول قول الوليِّ؛ وإن مات بعد مدَّة يندمل الجرح في مثلها، وقامت بيِّنة بأنَّه لم يزل ضَمِنًا(١) من الجرح حتَّى مات فكذلك، وإلَّا فالقول قول الجاني.

وفيه وجه آخر[٢]: أنَّ القول قول الوليِّ).

---

[١] كتب على هامش (ن): (كيف تنتفي حكاية الخلاف في ذلك، مع ما يأتي من حكايته عن «المجرد» من الخلاف، وتقديم الوجه المخالف لهذا فيه؟!).

[٢] في هامش (ب): (أعني الصورة الثالثة).

---

(١) قال في الصحاح (٦/ ٢١٥٥): (رجل ضمن، وهو الذي به الزمانة في جسده من بلاء أو كسر أو غيره. . . .ضمن الرجل بالكسر ضمنًا، فهو ضمن، أي: زمن مبتلًى).

ومنها: لو قال لأمته ولها ولد: هذا الولد منِّي؛ فهل يثبت بذلك استيلاد الأمة؟ على وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأنَّا لا نعلم سببًا نتحقَّق(١) به لحوق النَّسب منه(٢) غير ملك اليمين، فيحال اللُّحوق عليه، فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاد في الأمة.

والثَّاني: لا؛ لاحتمال استيلاده قبل ذلك في نكاح أو وطء بشبهة.

ومنها: لو ادَّعى رقَّ مجهول النَّسب، فشهدت له بينة أنَّ أمته ولدته ولم يقل في ملكه؛ فهل يحكم له به؟ على وجهين.

ورجَّح(٣) الشَّيخ مجد الدين: أنَّها إن شهدت أنَّ أمته[١] ولدته ونحو ذلك، فما فيه إضافة الولد إلى الأمة المضافة إليه؛ حكم له بالولد، وإن لم يكن كذلك بأن شهدت أنَّ هذا ولد هذه الأمة، وأنَّ أمته ملك له؛ لم يحكم له بالولد.

ومنها: لو قال رجل: هذا ابني من زوجتي، وادَّعت زوجته ذلك، وادَّعته امرأة أخرى؛ فهو ابن الرَّجل، وهل يرجَّح زوجته على الأخرى؟ على وجهين:

---

[١] كتب على هامش (ن): (هذا هو فرض مسألته المذكورة، وليس فيها ما يشمل القسم الثاني).

---

(١) في باقي النسخ: يتحقق.
(٢) في (ب) و(ج) و(ن): هنا. مكان قوله: (منه).
(٣) في (ب) و(ن): رجَّح.

أحدهما: يرجَّح؛ لأن زوجها أبوه؛ فالظَّاهر(١) أنَّها أمه.

والثَّاني: يتساويان؛ لأنَّ كل واحدة منهما لو انفردت لأُلحق بها، فإذا اجتمعتا تساوتا(٢).

ومنها: لو باع أمة له من رجل، فولدت عند المشتري، فادَّعى(٣) البائع أنَّه ولده، فصدَّقه المشتري؛ أنَّها تصير أمَّ ولد للبائع، وينفسخ البيع، نصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى، وذكره أبو بكر، ذكر ذلك القاضي في «خلافه»، وتأوَّله على أنَّه ادَّعى أنَّها ولدت في ملكه وصدَّقه المشتري على ذلك.

ومنها: لو ولدت المطلقة الرَّجعية ولدًا لا يمكن إلحاقه بالمطلِّق إلَّا بتقدير وطء حاصل منه(٤) في زمن العدِّة[١]؛ فهل يلحق به(٥) في هذه الحال أم لا؟ على روايتين:

---

[١] كتب في هامش (و): (وصورتها: ما إذا طلَّقها طلاقًا رجعيًّا، ثمَّ ارتفع حيضها لسبب، ثمَّ أتت بولد لأكثر من أكثر مدَّة الحمل من وقت الطَّلاق).

قال ابن نصر الله رحمه الله: مثل أن تكون عدتها بالحيض، وقد ارتفع حيضها بسبب تعرفه، فإنها لا تزال في عدة حتى يعود حيضها، فلو مضت عليها أكثر من أكثر مدة الحمل وهي في انتظاره، ثم أتت بولد بعد أكثر مدة =

---

(١) في (ب) و(د): والظَّاهر.

(٢) زاد في (ب) و(ج): (ذكره في المغني).

(٣) في (ب): فادَّعاه.

(٤) قوله: (منه) سقط من (ب).

(٥) في باقي النسخ: (فهل يلحق به الولد).

أصحُّهما: لحوقه؛ لأنَّ الفراش لم يَزُل بالكليَّة؛ فإحالة الحمل عليه أولى؛ كحالة صلب النِّكاح.

وعلى هذا: فهل يحكم بارتجاعها بلحوق النَّسب؟ على وجهين:

أصحُّهما - وهو المنصوص -: أنَّها تصير مرتجعة بذلك[١].

وينبني على ذلك مسألة مشكلة[٢] في تعليق الطَّلاق بالولادة، ذكرها صاحب «المحرَّر» فيه(١).

= الحمل؛ فهذا يتعين أن يكون ولدها من وطء في العدة.

[١] كتب على هامش (ن): (اختار في «الترغيب» أن الحمل لا يدل على الوطء المحصل للرجعة. من «الإنصاف»).

[٢] كتب على هامش (ن): (المسألة المشكلة المشار إليها هي إذا قال: أنت طالق طلقة إن ولدت ذكرًا، وطلقتين إن ولدت أنثى).

---

(١) قال في المحرر (٢/ ٧١): (فإن قال: أنت طالق طلقة إن ولدت ذكرًا، وطلقتين إن ولدت أنثى؛ فولدتهما معًا؛ طَلَقت ثلاثًا.

وإن سبق أحدهما بدون ستة أشهر؛ وقع ما علَّق به، وانقضت العدة بالثاني، ولم يقع به شيء. وقال ابن حامد: يقع المعلق به أيضًا. فعلى الأولى: إن أشكل السابق؛ طلقت طلقة؛ لتيقنها، ولغا ما زاد. وقال القاضي: قياس المذهب: تعيينه بالقرعة.

وإن كان بينهما فوق ستة أشهر؛ فالحكم كما فصلنا: إن قلنا: الثاني؛ تنقضي به العدة ولا يلحق بالمطلق، وإن قلنا: لا تنقضي به العدة، أو ألحقناه به؛ كملت به الثلاث) انتهى.

وأشكل توجيهها على الأصحاب؛ وقد أفردنا لها جزءًا(١).

ومنها: أنَّه يجوز استيفاء الحقِّ من مال الغريم إذا كان ثَمَّ سبب ظاهر يحال الأخذ عليه، ولا يجوز إذا كان السَّبب خفيًّا، هذا ظاهر المذهب[١].

فيباح للمرأة أن تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف، وللضَّيف إذا نزل بقومٍ فلم يَقْرُوه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف؛ لأنَّ السَّبب إذا ظهر لم ينسب الآخذ إلى خيانة، بل يحال أخذه على السَّبب الظَّاهر، بخلاف ما إذا خفي؛ فإنَّه ينسب بالأخذ إلى الخيانة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لا يظهر كون هذه المسألة من فروع القاعدة المذكورة؛ لأن القاعدة أن نجد أثرًا، ونتردد في علته، وهنا لم يوجد أثر يتردد في علته، وإنما المقصود في هذه المسألة: جواز الإقدام على الأخذ بسببه الظاهر، وجواز الإقدام على الأخذ بالسبب المذكور ليس مما يشك في سببه وعلته قبل وقوعه، وبعد الأخذ لا يقع الشك في سببه، فليست هذه المسألة من القاعدة أصلًا، وكذلك إذا كان السبب خفيًّا فلا تردد في علة الأخذ ولا في علة الإقدام عليه، وإنما يكون فرع هذه القاعدة: ما إذا وجدنا شخصًا قد أخذ من مال غيره شيئًا، وكان له على ذلك الشخص نظير ما أخذ، وشككنا هل أَخْذُه بدلُ ما له عليه أم لا؟ فهذا يحتمل أن يحال أخذه على السبب المعلوم، فيكون قد أخذ ما يباح له).

---

(١) وهي رسالة بعنوان: تعليق الطلاق بالولادة، مطبوعة بتحقيق الأخ/ مصطفى بن محمد القباني، عن دار الأوراق الثقافية.

ومنها: لو قال في مرضه: إن متُّ مِن مرضي هذا؛ فسالم حرٌّ، وإن برئت منه؛ فغانمٌ حرٌّ، ثمَّ مات، ولم يعلم؛ هل مات من المرض أو برئ منه؟ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها(١): يعتق سالم[١]؛ لأنَّ الأصل دوام المرض وعدم البرء، ولأنَّا قد تحقَّقنا انعقاد سبب الموت بمرضه وشَكَكْنا في حدوث سبب آخر غيره؛ فيحال الموت على سببه المعلوم.

والثَّاني: يعتق أحدهما بالقرعة؛ لأنَّ أحد الشَّرطين وجد ظاهرًا، وجهل عينه.

والثَّالث[٢]: لا يعتق واحد منهما؛ لاحتمال أن يكون مات في مرضه ذلك بسبب حادث فيه من قتل أو غيره، فلم يمت من مرضه، ولم يبرأ منه؛ فلم يتحقَّق وجود واحد من الشَّرطين.

ومنها: لو أصدقها تعليم سورة، ثمَّ طلَّقها ووجدت حافظة لها، وتنازعا: هل علَّمها الزَّوج فبرئ من الصَّداق أم لا؛ فأيُّهما يقبل قوله؟ فيه وجهان[٣].

وخرَّج عليهما الشَّيخ تقيُّ الدِّين: مسألة اختلافهما في النَّفقة

---

[١] في هامش (ن): (وهو المذهب)، وفي هامش (و): (وهو الصحيح).
[٢] في هامش (ج): (مبني على خلاف المذهب).
[٣] كتب على هامش (ن): (أصحهما: أن القول قولها).

---

(١) في (أ): إحداها.

والكسوة مدَّة مقامها[(١)] عند الزَّوج: هل كانت من الزَّوج أو منها؟[(٢)].

ومنها: لو ادَّعى صاحب الزَّرع: أنَّ غنم فلان نفشت فيه ليلًا، ووُجِد في الزَّرع أثر غنمه[(٣)]؛ قُضي بالضَّمان على صاحب الغنم، نصَّ عليه في رواية ابن منصور[(٤)].

وجعل الشَّيخ تقيُّ الدِّين هذا وأشباهه من القيافة في الأموال، وجعلها معتبرة كالقيافة في الأنساب.

ويتخرَّج فيه وجه آخر: أنَّه لا يكتفى بذلك[(٥)].

ومنها: لو تزوَّج بكرًا، فادَّعت أنَّه عنِّين، فكذَّبها، وادَّعى أنَّه أصابها، وظهرت ثيِّبًا، فادَّعت أنَّ ثيوبتها بسبب آخر؛ فالقول قول الزَّوج، ذكره الأصحاب.

ويتخرَّج فيه وجه آخر من المسائل المتقدِّمة.

ومنها: اللَّوث في القسامة، ومسائله معروفة.

---

(١) في (أ): مقامهما.

(٢) قال في الاختيارات (ص ٣٤٣): (فأما إن كانت الزوجة وقت العقد فقيرة، ثم وجد معها ألف درهم، فقال: هذا هو الصداق، وقالت: أخذته من غيره، ولم تعين، ولم يحدث لها قبض مثل؛ فهو نظير تعليم السورة المشروطة، وفيها وجهان، ونظيره الإنفاق عليها والكسوة، وفي هذه المواضع كلها إذا أظهرت جهة القبض الممكن منها كالممكن من الزوج؛ فينبغي أن يكون القول قولها، وإلا فلا).

(٣) في (ب): غنم.

(٤) جاء في مسائل إسحاق بن منصور (٦/ ٢٨٧٤)، أن الإمام أحمد قال في هذه المسألة: (فإن قال صاحب الزرع: أفسدَتْ غنمُك زرعي بالليل؛ يُنْظَر في الأثر، فإن لم يكن أثر غنمه في الزرع لا بد لصاحب الزرع من أن يجيء بالبينة).

(٥) قال في الإنصاف (١٥/ ٣٤٠): (ومحل الخلاف إذا لم يكن هناك غنم لغيره).

قاعدة [١٤]

إذا وجد سبب إيجاب أو تحريم من أحد رجلين لا يعلم عينه منهما؛ فهل يلحق الحكم بكلٍّ واحد[١] **منهما، أو لا يلحق بواحد منهما شيء؟**

في المسألة خلاف، ولها صور:

أحدها: إذا وجد اثنان منيًّا في ثوب ينامان فيه، أو سمعا صوتًا خارجًا، ولم يعلم مِن أيِّهما هو؛ ففي المسألة روايتان:

إحداهما: لا يلزم واحدًا منهما غسل ولا وضوء؛ نظرًا إلى أنَّ كلَّ واحد منهما متيقِّن للطَّهارة شاكٌّ في الحدث.

والثَّانية: يلزمهما الغسل والوضوء؛ لأنَّ الأصل زال يقينًا في أحدهما؛ فتعذَّر البقاء عليه، وتعيَّن الاحتياط، ولم يلتفت إلى النَّظر في كلِّ واحد بمفرده؛ كثوبين أو إناءين نجس أحدهما.

الصَّورة الثَّانية: إذا[٢] قال أحد الرَّجلين: إن كان هذا الطَّائر غرابًا فامرأتي طالق، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا فامرأتي طالق، وغاب

(١) قوله: (واحد) سقط من (ب) و(ج).

(٢) قوله: (إذا) سقط من (ب) و(ج) و(و) و(ن).

ولم يعلم ما هو؛ ففيها[(١)] وجهان:

أحدهما: ما قال القاضي في «المجرد» وأبو الخطاب وغيرهما: يبني كلُّ واحد منهما على يقين نكاحه.

والثَّاني: وهو اختيار الشِّيرازيِّ في «الإيضاح» وابن عقيل: أنَّه تخرُج[(٢)] المطلَّقة منهما بالقرعة، وقال القاضي في «الجامع»: هو قياس المذهب؛ لأنَّ واحدة منهما طلقت يقينًا، فأخرجت بالقرعة، كما لو كانت الزَّوجتان لرجل واحد.

وذكر بعض الأصحاب احتمالًا، يقتضي وقوع الطَّلاق بهما حكمًا، كما تجب الطَّهارة عليهما في المسألة الأولى.

وقد أومأ إليه أحمد في رواية صالح[(٣)]، وحُكي له قول الشَّعبيِّ في رجل قال لآخر: إنَّك لحسود، فقال[(٤)] الآخر: أحسدُنا امرأته طالق ثلاثًا، قال[(٥)] الآخر: نعم، قال الشَّعبيُّ: حَنِثتما وحسدتما، وبانت منكما امرأتاكما جميعًا، وحُكي له قول الحارث: أُديِّنهما وآمرهما

(١) في (ب): ففيهما.
(٢) في (ب): يخرج.
(٣) هو صالح بن الإمام أحمد، أبو الفضل، أكبر أولاده، سمع أباه وعلي بن الوليد الطيالسي، وروى عنه ابنه زهير، وأبو القاسم البغوي، سمع من أبيه مسائل كثيرة، وكان الناس يكتبون إليه من خراسان ومن المواضع يسأل لهم أباه عن المسائل، فوقعت إليه مسائل جياد، توفي سنة (٢٦٦هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٧٣.
(٤) في (ب) و(ج): فقال له.
(٥) في (ب): فقال.

بتقوى الله، وأقول: أنتما أعلم وما[(١)] حلفتما عليه، فقال[(٢)] أحمد: هذا شيء لا يدرك، ألقاهما في التَّهلكة[(٣)].

فإنكاره لقول الحارث يدلُّ على موافقته لقول الشَّعبيِّ بوقوع الطَّلاق بهما، هذا هو الظَّاهر، ذكره الشَّيخ تقيُّ الدِّين، وقال[(٤)]: هذا[(٥)] بناء على أنَّه لو[(٦)] حلف على ما لا يعلم صحَّته أو ما لا[(٧)] تدرك صحَّته؛ فيحنث؛ كقول مالك[(٨)].

ويدلُّ عليه تعليل أحمد وقوع الطَّلاق على من قال: أنت طالق إن شاء الله؛ بأنَّ مشيئة الله لا تدرك[(٩)].

---

(١) في (ب) و(ن): بما.

(٢) في (ب): قال. (ج): وقال.

(٣) مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح ٢/ ٣٢٤.

(٤) مجموع الفتاوى ٢٠/ ٢٠٥.

(٥) قوله: (هذا) سقط من (ب).

(٦) قوله: (لو) سقط من (ب) و(د) و(ج) و(و) و(ن).

(٧) في (ب): لم.

(٨) هو أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الحميري المدني، إمام دار الهجرة، جلس للتدريس وهو ابن سبعة عشرة سنة، ولم يُفْتِ حتى شهد له سبعون إمامًا بأنه أهل لذلك، من مصنفاته: الموطأ، رسالة في القدر، كتاب في التفسير لغريب القرآن، رسالة في الأقضية، توفي سنة ١٧٩ هـ بالمدينة، وله خمس وثمانون سنة. ينظر: طبقات الفقهاء ١/ ٦٧، سير أعلام النبلاء ٨/ ٤٨.

(٩) جاء في مسائل الإمام أحمد برواية صالح (٢/ ١٢٤): قلت: قول الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله؟ قال: أخاف أن يكون قد وقع الطلاق. وقال في الإنصاف (٢٢/ ٥٦٢) عن القول بوقوع الطلاق: (هذا المذهب، نص عليه في رواية الجماعة).

وهذا القول فيه بُعد؛ لأنَّ إيقاع طلاقهما يفضي إلى أن يباح للأزواج من هي في زوجيَّة الغير باطنًا، وفي إجبارهما على تجديد الطَّلاق إجبار للإنسان على قطع ملكه بغير حقٍّ، وهو ضرر، بخلاف إيجاب الطَّهارة عليهما؛ فإنَّه لا ضرر فيه.

ولنا وجه آخر: بوجوب اعتزال كلٍّ منهما زوجته حتَّى يتيقَّن الأمر، ونصَّ عليه أحمد في رواية عبد الله(١).

ونقل حرب(٢) عن أحمد: أنَّه ذكر هذه المسألة؛ فتوقَّف فيها، وقال: أحبُّ إليَّ ألَّا أقول فيها شيئًا، وتوقَّف عنها(٣).

---

(١) جاء في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (ص٣٧٣): قال: سألت أبي عن رجلين مرَّ عليهما طير، فقال أحدهما: امرأته طالق ثلاثًا إن لم يكن طيرًا، وقال الآخر: امرأته طالق ثلاثًا إن لم يكن غرابًا، فطار. قال أبي: يعتزلان نساءهن حتى يتبين.
وعبد الله: هو عبد الله بن الإمام أحمد، أبو عبد الرحمن، حدث عن أبيه وغيره، وروى عن أبيه مسائل كثيرة، وكان رجلًا صالحًا صادق اللهجة كثير الحياء، قال الخلال: وقع لعبد الله عن أبيه مسائل جياد كثيرة يغرب منها بأشياء كثيرة في الأحكام، فأما العلل فقد جوَّد عنه وجاء عنه بما لم يجئ به غيره. توفي سنة ٢٩٠هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٨٣.

(٢) هو حرب بن إسماعيل بن خلف الحنظلي الكرماني، أبو محمد، وقيل: أبو عبد الله، كان رجلًا جليلًا، روى عن أحمد وإسحاق مسائل كثيرة، قال الخلال: (هي أربعة آلاف عن أبي عبد الله وإسحاق بن راهويه). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٤٥.

(٣) جاء في مسائل حرب الكرماني (١/ ٤١١): سألت أحمد عن الاستثناء في الطلاق، وكيف هو؟ قال: لا أقول في هذا شيئًا. وسمعت أحمد مرة أخرى عن الاستثناء في الطلاق، قال: لا أقول فيه شيئًا في الطلاق والعتاق، وأخاف أن نلزمه الطلاق. قلتُ: فإن قَدَّم الاستثناء، فقال: أنت إن شاء الله طالق؟ قال: هو واحد.

الصُّورة الثَّالثة: قال أحدهما: إن كان غرابًا فأمتي حرَّة، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا فأمتي حرَّة، وفيها الوجهان المذكوران في الطَّلاق.

وقياس المنصوص ههنا: أن يكفَّ كلٌّ واحد عن وطئ أمته حتَّى يُتيقَّن.

فإن(١) اشترى أحدهما أمة الآخر؛ عيّن(٢) المعتقة منهما بالقرعة على أصحِّ الوجهين؛ لاجتماعهما في ملكه، وإحداهما عتيقة، كما قلنا: لا يصحُّ أن يأتمَّ أحدهما بالآخر في الصُّورة الأولى؛ لأنَّ أحدهما محدث يقينًا، فينظر لهما(٣) مجتمعين في حكم يتعلَّق باجتماعهما.

وليس من هذه القاعدة: إذا وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر، وأتت بولد وضاع نسبه لفقد القافة أو غير ذلك، وأرضعت أمُّه بلبنه ولدًا آخر؛ فإنَّه يصير حكم كلٍّ من الصَّغيرين حكم ولد لكلِّ واحد من الرَّجلين على الصَّحيح؛ لأنَّه لم يتعيَّن أن يكون الولد لواحد منهما، بل يجوز عندنا أن يكون لهما؛ فليس ممَّا نحن فيه[١].

---

[١] كتب في هامش (و): (يعني: والقاعدة فيها: إذا وُجد سبب من أحدهما ولم يُعلم عينه حتَّى يلحق الحكم به فقط).

---

(١) في (ب) و(ج): وإن.

(٢) في (ب): غير.

(٣) في باقي النسخ: إليهما.

قاعدة [١٥]

إذا استصحبنا أصلًا، أو أعملنا ظاهرًا في طهارة شيء، أو حلِّه، أو حرمته، وكان لازم ذلك تغيُّرَ أصل آخر يجب استصحابه، أو تَرْك العمل بظاهر آخر يجب إعماله؛ لم يلتفت إلى ذلك اللَّازم على الصَّحيح[١].

ولذلك صور:

منها: إذا استيقظ من نومه، فوجد في ثوبه بللًا، وقلنا: لا يلزمه الغسل - على ما سبق فيما إذا تقدَّم منه سبب المذي -؛ فلا يلزمه أيضًا غسل ثوبه؛ بحيث نقول(١): إنَّما سقط عنه الغسل؛ لحكمنا بأنَّ البلل مذي، بل نقول في ثوبه: الأصل طهارته؛ فلا ينجس بالشَّكِّ، والأصل طهارة بدنه؛ فلا يلزمه الغسل بالشَّكِّ؛ فيبقى في كلٍّ منهما على أصله، ذكره ابن عقيل في «فنونه» عن الشَّريف أبي جعفر(٢).

[١] كتب في هامش (و): (يعني أنَّ ذلك اللَّازم ليس مبنيًّا على أصل آخر، ولا على ترك العمل بظاهر آخر، ولا يلتفت إليه).

(١) في (ب): (يقول).

(٢) هو عبد الخالق بن عيسى بن أحمد بن محمد بن عيسى بن أحمد بن موسى، من بني العباس بن عبد المطلب، من كبار أصحاب القاضي أبي يعلى، أخذ الفقه عنه وعن أبي إسحاق البرمكي، وانتهت إليه في وقته الرحلة لطلب مذهب الإمام أحمد، له =

وينبغي على هذا التَّقدير: أن لا يجوز له الصلاة في ذلك الثوب(١) قبل غسله؛ لأنَّا نتيقَّن وجود المفسد[١] للصَّلاة لا محالة.

ومنها: إذا لبس خفًّا، ثمَّ أحدث، ثمَّ صلَّى، وشكَّ: هل مسح على الخفِّ قبل الصَّلاة أو بعدها - وقلنا: ابتداء المدَّة من المسح -؛ جعلنا ابتداءها قبل الصَّلاة[٢]، وأوجبنا إعادة الصَّلاة؛ لأنَّ الأصل وجوب غسل الرِّجلين، والأصل بقاء الصَّلاة في الذِّمَّة.

ومنها: إذا رمى حيوانًا مأكولًا بسهم ولم يُوحِه، فوقع في ماء يسير، فوجده ميتًا فيه؛ فإنَّ الحيوان لا يباح؛ خشية أن يكون الماء أعان على قتله، والأصل تحريمه حتَّى يتيقَّن وجود السَّبب المبيح له، ولا يلزم من ذلك نجاسة الماء أيضًا بحكمنا(٢) على الصَّيد بأنَّه ميتة، بل نستصحب(٣) في الماء أصل الطَّهارة؛ فلا ننجسه(٤) بالشَّكِّ،

---

[١] كتب في هامش (و): (وهو أنَّ البلل إمَّا منِيٌّ؛ فيجب الغسل، أو مذي؛ فيجب غسل الثَّوب).

[٢] كتب في هامش (و): (يعني: والمسح مشكوك فيه).

= مصنفات عديدة، منها: رؤوس المسائل في الخلاف، توفي سنة ٤٧٠هـ. ذيل الطبقات ١/ ٢٩.

(١) في (ب) و(هـ) و(ن): أن لا تجوز له الصَّلاة قبل الاغتسال في ذلك الوقت في ذلك الثَّوب.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): لحكمنا.

(٣) في (ب) و(د) و(و) و(هـ) و(ن): يستصحب.

(٤) في (ب) و(د) و(هـ) (و): ينجسه.

ذكره ابن عقيل في «فصوله».

ومنها: لو قال لامرأته في غضب: اعتدِّي، وظهرت منه قرائن تدلُّ على إرادة التَّعريض بالقذف، أو فسَّره بذلك؛ فإنَّه يقع به الطَّلاق؛ لأنَّه كناية اقترن بها غضب.

وهل يحد معها(١)؟ ذكر ابن عقيل في «المفردات» احتمالين:

أحدهما - وبه جزم في «عُمَدِ الأدلَّة» -: أنَّه يحدُّ؛ لأنهما حقَّان عليه؛ فلا يصدق فيما يسقط واحدًا منهما.

والثَّاني: لا يحدُّ؛ لأنَّه لو كان قذفًا؛ لم يكن طلاقًا(٢)؛ لتنافيهما(٣).

ومن هذه القاعدة: الأحكام الَّتي يثبت بعضها دون بعض؛ كإرث الَّذي أقرَّ بنسبه مَن لا يثبت النَّسب بقوله، والحكم بلحوق النَّسب في مواضع كثيرة لا يثبت فيها لوازمه المشكوك فيها، من[١] بلوغ أحد أبويه، أو استقرار المهر، أو ثبوت العدَّة والرَّجعة أو الحدِّ[٢]، أو ثبوت

[١] كتب في هامش (و): (بيان لهذه اللوازم التي تلزم لحوق النسب).

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: ذكر الحد في جملة لوازم النسب لا يصح؛ فإن =

(١) قوله: (فإنَّه يقع به الطَّلاق؛ لأنَّه كناية اقترن بها غضب، وهل يحد معها) هي في (ب): فإنه يحدُّ بذلك، وهل يقع به الطلاق؟

(٢) في (ب): لو كان طلاقًا، لم يكن قذفًا.

(٣) في (هـ) زيادة فوقها خط، وهي مثبتة في هامش (ج): (قال ابن عقيل معنى تنافيهما: بأنَّ كنايات القذف في حالة الخصومة كالصَّرائح، وصرائح القذف لا يقع بها الطَّلاق، ثمَّ ذكر في مسألة القذف بالكنايات أنَّها صرائح في حال الغضب).

الوصية له أو الميراث، وهي مسائل كثيرة.

= الحد والنسب متنافيان، متى ثبت أحدهما انتفى الآخر، لا متلازمان، وإن انتفى الوصية والإرث، فيتوجه مثاله بصورة، وهي: أن يقر رجل بأخ؛ فإن أُخوَّته منه تثبت بذلك، بحيث لو مات المقِر ورثه المقَر به ميراث أخ، ومع ذلك لا يشارك المقَر به ورثة أبي المقِر في ميراثهم من أبيه إذا لم يصدِّقوا المقِر، ولا في وصيةٍ أوصى لهم بها.

قاعدة [١٦]

إذا كان للواجب بدل، فتعذَّر الوصول إلى الأصل حالة الوجوب؛ فهل يتعلَّق الوجوب بالبدل تعلُّقًا مستقرًّا بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده؟

للمسألة صور عديدة:

منها: هدي المتعة إذا عدمه، ووجب عليه الصِّيام، ثمَّ وجد الهدي قبل الشُّروع فيه؛ فهل يجب عليه الانتقال، أم لا؟

ينبني على أنَّ الاعتبار في الكفَّارات بحال الوجوب أو بحال الفعل؟ وفيه(١) روايتان:

فإن قلنا: بحال الوجوب[١]؛ صار الصوم أصلًا لا بدلًا، وعلى هذا؛ فهل يجزئه فعل الأصل وهو الهدي؟

المشهور: أنَّه يجزئه؛ لأنَّه الأصل في الجملة، وإنَّما سقط رخصة.

وحكى القاضي في «شرح المذهب» عن ابن حامد(٢): أنَّه لا يجزئه.

---

[١] كتب في هامش (و): (وهو الصحيح).

---

(١) في (أ): فيه.

(٢) هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان أبو عبد الله البغدادي، إمام الحنبلية في زمانه ومدرسهم ومفتيهم، أكبر تلامذة أبي بكر غلام الخلال، وأخذ عن ابن بطة =

ومنها: كفَّارة الظِّهار واليمين ونحوهما، والحكم فيها كهدي المتعة.

ومنها: إذا أتلف شيئًا له مثل، وتعذَّر وجود المثل، وحكم الحاكم بأداء القيمة، ثمَّ وجد المثل قبل الأداء؛ وجب أداء المثلِ، ذكره الأصحاب؛ لأنَّه قدر على الأصل قبل أداء البدل؛ فلزمه كما لو وجد الماء قبل الصَّلاة.

وينبغي أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر على المثل عند الإتلاف ثمَّ عدمه، أمَّا إن عدمه ابتداء؛ فلا يبعد أن يُخرَّج في وجوب أداء المثل خلاف[١].

وأمَّا التَّيمم؛ فلا يشبه ما نحن فيه؛ لأنَّه لو وجد الماء بعد فراغه منه؛ لبطل، ووجب استعمال الماء بنصِّ الشَّارع، وههنا لو أدَّى القيمة؛ لبرئ، ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده.

وقال في «التَّلخيص»: على الأظهر. وهو يشعر بخلافٍ فيه.

ومنها: لو جعل الإمام لمن دلَّه على حصنٍ جارية[٢] من أهله، فأسلمت بعد الفتح أو قبله، وكانت أمة؛ فإنَّه تجب له قيمتها إذا كان

[١] كتب في هامش (و): (يعني: في أنَّه لا يجب).

[٢] كتب في هامش: (و): (أي: معيَّنة).

= وأبي بكر النجاد وغيرهما، له المصنفات في العلوم المختلفات، منها: الجامع في المذهب، وتهذيب الأجوبة وغيرها، توفي سنة ٤٠٣هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١٧١، سير أعلام النبلاء ١٧/ ٢٠٣.

كافرًا؛ لأنَّه تعذَّر تسليم عينها إليه، فوجب له البدل، فإن أسلم بعد إسلامها؛ فهل يعود حقُّه إلى عينها؛ فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: لا يعود[١]؛ لأنَّ حقَّه استقرَّ في القيمة، فلا ينتقل إلى غيرها.

والثَّاني: بلى؛ لأنَّه إنَّما انتقل إلى القيمة لمانع، وقد زال؛ فيعود حقُّه إليها.

ومنها: لو أصدقها شجرًا فأثمرت، ثمَّ طلَّقها قبل الدُّخول، وامتنعت من دفع نصف الثَّمرة مع الأصل؛ تعيَّنت له القيمة[٢].

فإن قال: أنا أرجع في نصف الشَّجر[٣]، وأترك نصف الثَّمرة(١) عليها، أو أترك الرُّجوع حتَّى تَجُدِّي ثمرك، ثمَّ أرجع فيه؛ ففيه وجهان، حكاهما القاضي وغيره:

أحدهما: لا تجبر على قبول ذلك، وهو الَّذي ذكره ابن عقيل؛ لأنَّ الحقَّ قد(٢) انتقل من الغير، فلم يعد إليها إلَّا بتراضيهما.

والثَّاني: تجبر عليه؛ لأنَّه لا ضرر عليها؛ فلزمها كما لو وجدها ناقصة فرضي بها.

---

[١] في هامش (ن): (وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب).

[٢] كتب في هامش (و): (أي: قيمة نصف الشجر).

[٣] كتب في هامش (و): (أي: قيمة نصف الشَّجر).

---

(١) قوله: (نصف الثمرة) هي في (ب) و (ج) و(و)و(ن): الثمرة.

(٢) قوله: (قد) سقط من (ب) و(و) و(ن).

فعلى هذا: الحقُّ[١] باق في العين؛ لبقائها في ملكها، وكذا(١) ذكر القاضي في موضع من «المجرَّد»: أنَّه إذا لم يأخذ القيمة حتَّى قطع الطَّلع وعاد النَّخل كما كان، أنَّ للزَّوج الرُّجوع في نصفه.

ومنها: لو طلقها قبل الدُّخول وقد باعت الصَّداق، فلم يأخذ نصف قيمته حتَّى فُسخ البيع بعيب:

قال الأصحاب: ليس له أخذ نصفه؛ لأنَّ حقَّه وجب في القيمة[٢]، ولم تكن العين حينئذ في ملكها.

ولا يبعد أن يتخرَّج فيه وجه آخر بالرُّجوع؛ كالَّتي قبلها.

وهذا إذا لم نقل: إنَّه يدخل في ملكه قهرًا كالميراث.

فإن قلنا: يدخل قهرًا؛ عاد حقُّه إلى العين بعودها إليه(٢) كالميراث قهرًا(٣).

ولا يقال: هذا عاد إليها ملكًا جديدًا؛ فلا يستحقُّ الرُّجوع فيه، كما لا يستحقُّ الأب الرُّجوع فيما خرج عن ملك الابن ثمَّ عاد؛ لأنَّهم قالوا: لو عاد إليها قبل الطَّلاق؛ لرجع فيه بغير خلاف؛ لأنَّ حقَّه فيه ثابت بنصِّ القرآن.

---

[١] كتب في هامش (و): (أي: حقُّ الزَّوج).

[٢] كتب في هامش (و): (أي: حين وجوب القيمة).

---

(١) في باقي النسخ: وكذلك.

(٢) في باقي النسخ: إليها.

(٣) قوله: (كالميراث قهرًا) سقط من (ب) و(و).

وفي «شرح الهداية» لأبي البركات ما يدلُّ على عكس ما ذكرنا، وهو أنَّا إن قلنا: يدخل نصف المهر في ملك الزَّوج قهرًا؛ فليس له العود[١] إلى عينه بحال؛ نظرًا إلى أنَّ القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرُّجوع في العين؛ فيملك نصف القيمة قهرًا حينئذ، فلا[٢] ينتقل حقُّه عنها بعد ذلك.

ومنها: لو اشترى عينًا ورهنها، أو تعلَّق بها حقُّ شفعة أو جناية، ثمَّ أفلس، ثمَّ أسقط المرتهن والشَّفيع والمجني عليه[٣] حقَّه؛ فالبائع أحقُّ[٤] بها من الغرماء؛ لزوال المزاحمة على ظاهر كلام القاضي وابن عقيل، ذكره أبو البركات في «شرحه».

ويتخرَّج فيه وجه آخر: أنَّه أسوة الغرماء.

---

(١) في (ب) و(ن): الرُّجوع. وزاد في (و): وهو الصَّحيح.
(٢) في (ب) و(د) و(ج): ولا.
(٣) في باقي النسخ: أو الشَّفيع أو المجني عليه.
(٤) في (أ): حق.

قاعدة [١٧]

إذا تقابل عملان: أحدهما ذو شرف في نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعدد في نفسه وكثرة، فأيُّهما يرجَّح؟ ظاهر كلام أحمد: ترجيح الكثرة.

ولذلك(١) صور:

أحدها: إذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين، وصلاة أربع ركعات في زمن واحد؛ فالمشهور: أنَّ الكثرة أفضل.

وحكي عن أحمد رواية أخرى: بالعكس.

وحكي عنه رواية ثالثة: بالتَّسوية.

والثانية: أهدى بدنة سمينة بعشرة، وبدنتين بعشرة أو بأقلَّ.

قال ابن منصور: قلت لأحمد(٢): بدنتان سمينتان بتسعة وبدنة بعشرة، قال: ثنتان(٣) أعجب إليَّ(٤)[١].

---

[١] جاء في هامش (ب) و (ن): (ما نص عليه أحمد قول إسحاق بن راهويه، =

---

(١) في (ب): وكذلك.

(٢) قوله: (قلت لأحمد) سقط من (أ).

(٣) في (ب): بدنتان.

(٤) مسائل إسحاق بن منصور الكوسج ٥/ ٢٢٩٤.

ورجَّح الشَّيخ تقيُّ الدِّين تفضيل البدنة السَّمينة[(١)]، وفي «سنن أبي داود» حديث يدلُّ عليه[(٢)].

والثَّالثة: رجل قرأ بتدبر وتفكر سورةً، وآخر قرأ في تلك المدَّة سورًا عديدة سردًا:

قال أحمد في رواية جعفر بن أحمد بن أبي قيماز[(٣)]، وسئل: أيُّما أحبُّ إليك: التَّرسُّل أو الإسراع؟ قال: أليس قد جاء بكلِّ حرف كذا

= ونُقل عن طاوس مثله سواء في مصنف عبد الرزاق). زاد في هامش (ن): (من هامش النسخة المعتمدة).

---

(١) المشهور عن الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللَّهُ: تفضيل الأكثر ثمنًا، قال في مختصر الفتاوى المصرية (ص٥٢٥): (ومن ضحى بشاة ثمنها أكثر من ثمن البقرة كان أفضل من البقرة، فإنه ﷺ سئل: أي الصدقات أفضل؟ فقال: «أغلاها ثمنًا وأنفسها عند أهلها»)، وقال ابن مفلح في الفروع (٦/ ٨٦): (وعند الشيخ تقي الدين: الأجر على قدر القيمة مطلقًا)، وتبعه صاحب الإنصاف ٩/ ٣٣٣.
ولعل نقل المؤلف عن الشيخ تقي الدين هو فيما إذا تساوت القيمتان، فإنه يرجِّح الأسمن على الأكثر، والله أعلم.

(٢) لعله يشير إلى ما أخرجه أبو داود (٢٧٩٦)، والترمذي (١٤٩٦)، والنسائي (٤٣٩٠)، وابن ماجه (٣١٢٨)، من حديث أبي سعيد، قال: «كان رسول الله ﷺ يضحي بكبش أقرن فحيل، ينظر في سواد، ويأكل في سواد، ويمشي في سواد»، قال الترمذي: (حديث حسن صحيح)، وصححه الألباني.

(٣) هو جعفر بن أحمد بن أبي قيماز، وقيل: نيمان، الفقيه الأَذَني، قال الخلال: حافظ كثير الحديث، سمعت منه مسائل وحديثًا، وكان ضرير البصر، وكان عنده عن أبي عبد الله مسائل غرائب كلها سمعته منه. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٢٢.

وكذا حسنة[(١)]؛ قالوا له: في السُّرعة؟! قال: إذا صوَّر الحرف بلسانه ولم يسقط من الهجاء[(٢)].

وهذا ظاهر في ترجيح الكثرة على التَّدبُّر.

ونقل عنه حرب: أنَّه كره السُّرعة؛ إلَّا أن يكون لسانه كذلك لا يقدر أن يترسَّل[(٣)].

وحمل القاضي الكراهة على ما إذا لم يبيِّن الحروف.

ونقل عنه مثنَّى بن جامع[(٤)]: في رجل أكل فشبع وأكثر الصَّلاة والصِّيام، ورجل أقلَّ الأكل، فقلَّت نوافله وكان أكثر[(٥)] فِكْرة؛ أيُّهما أفضل؟ فذكر ما جاء في الفكر: تفكُّر ساعة خيرٌ من قيام ليلة. قال: فرأيت هذا عنده أكثر؛ يعني: الفكر[(٦)].

---

(١) يشير إلى ما أخرجه الترمذي (٢٩١٠) وغيره، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من قرأ حرفًا من كتاب الله فله به حسنة، والحسنة بعشر أمثالها، لا أقول ﴿الٓمٓ﴾ حرف، ولكن: ألف حرف، ولام حرف، وميم حرف».

(٢) ذكر هذه الرواية ابن مفلح في الآداب الشرعية ٢/ ٣١١.

(٣) ينظر: مسائل حرب الكرماني، قسم الصلاة، ص٩٦.

(٤) هو مثنى بن جامع، أبو الحسن الأنباري، حدث عن الإمام أحمد وغيره، وكان الإمام أحمد يعرف قدره وحقه، ونقل عنه مسائل حسان. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٣٣٦.

(٥) في (ب) و(ج): أكثره.

(٦) في (ب) و(و): التَّفكُّر. تنظر الرواية وكلام مثنى في: طبقات الحنابلة ١/ ٣٣٧.

وهذا يدلُّ(١) على تفضيل قراءة التَّفكُّر على السُّرعة، وهو اختيار الشَّيخ تقيِّ الدِّين(٢)، وهو المنصوص صريحًا عن الصَّحابة والتَّابعين(٣).

والرَّابعة: رجلان، أحدهما ارتاضت نفسه(٤) على الطَّاعة، وانشرحت بها وتنعَّمت، وبادرت إليها طواعيةً ومحبَّة، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطَّاعات ويكرهها عليها، أيهما أفضل؟[١]

---

[١] قال ابن نصر الله: هذه المسألة ليست من القاعدة، إذ ليس أحدهما أكثر طاعة من الآخر، بل عبادتهما متساوية، وإنما اختلفا في كيفية نفسيهما حال العبادة، ولعل المصنف لاحظ أن الذي يجاهد نفسه تعددت عبادته بالمجاهدة، ولكن قد يقال: الطمأنينة للعبادة عبادة أيضًا.

وكتب في هامش (و): (كون هذه المسألة الرابعة من جزئيات القاعدة: هو أن المجاهد نفسه وجد منه عملان؛ الجهاد والطاعة، والمرتاضة نفسه وجد منه عمل الطاعة فقط).

---

(١) في (ب) و(ج) و(ن): وهذه تدلُّ.
(٢) ينظر: الفتاوى الكبرى ٥/ ٣٣٤.
(٣) ورد عن أبي الدرداء رضي الله عنه: أخرجه أحمد في الزهد (٧٤٦)، وهناد في الزهد (٢/ ٤٦٨)، والبيهقي في الشعب (١١٧)
وورد عن ابن عباس رضي الله عنهما: أخرجه أبو الشيخ في العظمة (٤٢).
وورد عن الحسن: أخرجه ابن أبي شيبة (٣٥٢٢٣)، وعن عمرو بن قيس الملائي: أخرجه أبو الشيخ في العظمة (٤٨).
(٤) في (ب): بنفسه.

قال الخلال: كتب إليَّ يوسف بن عبد الله الإسكافيُّ: حدَّثنا الحسن بن عليٍّ بن الحسن: أنَّه سأل أبا عبد الله عن الرَّجل يشرع له وجه برٍّ فيحمل نفسه على الكراهة، وآخر يشرع له فيسرُّ بذلك، فأيُّهما أفضل؟ فقال[1]: ألم تسمع النَّبيَّ ﷺ يقول: «مَن تَعَلَّمَ القُرآنَ وَهُوَ كَبِيرٌ يَشُقُّ عَلَيْهِ؛ فَلَهُ أَجْرَانِ»؟![2].

وهذا ظاهر في ترجيح المكرِه نفسه؛ لأنَّ له عملين: جهادًا، وطاعة أخرى، ولذلك كان له أجران، وهذا قول ابن عطاء[3] وطائفة من الصُّوفية من أصحاب أبي سليمان الدَّارانيِّ[4].

---

(١) في (ب) و(د) و(ج) و(هـ): قال.

(٢) ينظر: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لأبي بكر الخلال، ص١٥.
والحديث أخرجه البخاري (٤٩٣٧)، ومسلم (٧٩٨)، من حديث عائشة رضي الله عنها بلفظ: «مثل الذي يقرأ القرآن، وهو حافظ له مع السفرة الكرام البررة، ومثل الذي يقرأ، وهو يتعاهده، وهو عليه شديد فله أجران».

(٣) هو أحمد بن محمد بن سهل بن عطاء، أبو العباس، الأدمي، الصوفي، كان أحد شيوخهم الموصفين بالعبادة والاجتهاد، وكثرة الدرس للقرآن، صحب الجنيد بن محمد ومن فوقه من المشايخ، كان أبو سعيد الخراز يعظم شأنه، ينظر: طبقات الصوفية لأبي عبد الرحمن السلمي ص٢١٢، تاريخ بغداد ٦/ ١٦٤.

(٤) هو عبد الرحمن بن أحمد بن عطية، ويقال: عبد الرحمن ابن عطية، أبو سليمان الداراني، من أهل داريا قرية من قرى دمشق، قال الذهبي: الإمام الكبير، زاهد العصر. توفي سنة ٢١٥هـ. ينظر: طبقات الصوفية ص٧٤، تاريخ دمشق ٣٤/ ١٢٢، سير أعلام النبلاء ١٠/ ١٨٢.

وعند الجنيد(١) وجماعة من عبَّاد البصرة: أنَّ الباذل لذلك طوعًا ومحبة أفضل، وهو اختيار الشَّيخ تقيِّ الدِّين(٢)؛ لأنَّ مقامه في طمأنينة النَّفس أفضل من أعمال متعددة، ولأنَّه من أرباب المنازل والمقامات، والآخر من أرباب السلوك والبدايات؛ فمثلهما كمثل رجلين: أحدهما مقيم بمكة يشتغل(٣) بالطَّواف، والآخر يقطع المفاوز والقفار في السَّير إلى مكة؛ فعمله أشقُّ، والأوَّل أفضل[١]، والله أعلم.

الخامسة: تعارض عتق رقبة نفيسةٍ بمال، وعتق رقاب متعدَّدة بذلك المال.

قال القاضي وابن عقيل: الرِّقاب أفضل.

---

[١] جاء في هامش (ن): (لا يقال: ليس هذا المثال نظيرًا للمسألة، فإن السير إلى مكة وسيلة إلى العبادة التي هي الطواف، لا نفس العبادة، والمسألة مفروضة في العبادتين لا في العبادة ووسيلتها، لأن المثال يراد للتوضيح، ثم هو مثال لأرباب المنازل والمقامات وأرباب السلوك والبدايات، لا للمسألة).

---

(١) هو الجنيد بن محمد بن الجنيد، أبو القاسم، النهاوندي، ثم البغدادي، القواريري، شيخ الصوفية، أتقن العلم، ثم أقبل على شأنه، وتأله وتعبد، توفي سنة ٢٩٨هـ ينظر: طبقات الصوفية ص١٢٩، سير أعلام النبلاء ١٤/ ٦٦.

(٢) لم نقف على كلامه.

(٣) في (ب): مشتغل.

وفيه أيضًا نظر، وقد كان طائفة من السَّلف؛ كابن عمر(١) والربيع بن خثيم(٢) يستحبَّان الصَّدقة بما يشتهيانه من الأطعمة؛ وإن كان المسكين ينتفع بقيمته أكثر[١]؛ عملًا بقوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عِمرَان: ٩٢]، وهذا(٣) في العتق أولى مع قول النَّبيِّ ﷺ: «خَيْرُ الرِّقَابِ أَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا وَأَغْلَاهَا ثَمَنًا»(٤)، والله أعلم.

---

[١] جاء في هامش (ن): (ويطلب فائدة قوله أيضًا وفائدة ما حكاه عن السلف، ومناسبته لهذه المسألة).

---

(١) من ذلك: ما أخرجه أبو داود في الزهد (٣٠٥)، عن حمزة بن عبد الله بن عمر، قال: قال ابن عمر رضي الله عنهما: «خطرت على قلبي هذه الآية: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عِمرَان: ٩٢]، ففكرت فيما أعطاني الله، فلم يكن شيء أحب إلي من رميثة، فهي حرة لوجه الله تعالى، فلولا أن أكره أن أعود في شيء جعلته لله لنكحتها»، ثم أنكحها نافعًا مولاه.

وأخرج أحمد في الزهد (١٠٧٨)، عن مجاهد قريبًا من ذلك.

(٢) من ذلك: ما أخرجه أحمد في الزهد (١٩٣٤)، عن عبد الله بن زبيد، عن الربيع بن خثيم، أنه جاءه سائل يسأل قال: فخرج إليه في ليلة باردة، قال: فإذا هو كأنه مقرور، فنزع بُرْنُسًا له فكساه، - كان يزعم أنه من خز - فأعطاه إياه، ثم تلا هذه الآية: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عِمرَان: ٩٢].

والربيع بن خثيم: هو ابن عائذ، أبو يزيد الثوري، الكوفي، الإمام، العابد، أحد الأعلام، أدرك زمان النبي ﷺ وأرسل عنه، وهو قليل الرواية، إلا أنه كبير الشأن، وكان يعد من عقلاء الرجال، توفي سنة ٦٥هـ. ينظر: تهذيب الكمال ٩/ ٧٠، سير أعلام النبلاء ٤/ ٢٥٨.

(٣) في (أ): هذا.

(٤) أخرجه البخاري (٢٥١٨)، ومسلم (٨٤)، من حديث أبي ذر رضي الله عنه.

قاعدة [١٨]

إذا اجتمعت عبادتان من جنس واحد في وقت واحد(١)، ليست إحداهما مفعولة على وجه القضاء[١]، ولا على طريق التَّبعيَّة[٢] للأخرى في الوقت[٣]؛ تداخلت أفعالهما، واكتُفِيَ فيهما بفعل واحد.

وهو على ضربين:

أحدهما: أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان جميعًا، فيشترط أن ينويهما معًا على المشهور.

ومن أمثلة ذلك: من عليه حدثان أصغر وأكبر؛ فالمذهب: أنَّه يكفيه أفعال الطهارة الكبرى إذا نوى الطهارتين بها.

---

[١] كتب على هامش (ن): (يحترز به عن المؤداة والمقضية إذا فُعلتا في وقت المؤداة، وأن أفعال أحدهما لا تدخل في الأخرى بلا خلاف).

[٢] كتب على هامش (ن): (يحترز به عن راتبة المكتوبة إذا فُعلت معها في الوقت، وأن أفعال أحدهما لا تدخل في الأخرى بلا خلاف).

[٣] كتب في هامش (و): (يحترز به عن الصَّلاة المجموعة مع الأخرى، فإنَّ غير صاحبة الوقت فعلت على طريق التَّبعيَّة للأخرى في الوقت).

---

(١) قوله: (في وقت واحد). سقط من (أ).

وعنه: لا يجزئه عن الأصغر حتَّى يأتيَ بالوضوء.

واختار أبو بكر: أنَّه يجزئه عنهما إذا أتى بخصائص الوضوء من التَّرتيب والموالاة، وإلَّا فلا، وجزم به صاحب «المبهج»(١).

ولو كان عادمًا للماء، فتيمَّم تيمُّمًا واحدًا ينوي به الحدثين؛ أجزأه عنهما بغير خلاف، ونصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى.

ومنها: القارن إذا نوى الحجَّ والعمرة؛ كفاه لهما طواف واحد وسعي واحد على المذهب الصَّحيح.

وعنه: لا بدَّ من طوافين وسعيين؛ كالمفرد[١].

والقاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما» حكيا هذه الرِّواية على وجه آخر، وهو أنَّه لا تجزئه العمرة الدَّاخلة في ضمن الحجِّ عن عمرة الإسلام[٢]، ....

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كما لو أفرد كلًّا من النسكين بإحرام).

[٢] كتب على هامش (ن): (الظاهر أن مسألة إجزاء عمرة القران عن عمرة الإسلام غير مسألة إجزاء طواف واحد وسعي واحد للقارن، فإن تغايرهما ظاهر، فيكون في كل من المسألتين روايتان، ولا تكون هذه الرواية هي تلك، بل هذه هي مسألة أخرى، وهو أن عمرة القران لا تجزئ عن عمرة الإسلام، ولو أتى فيه بطوافين وسعيين).

(١) صاحب المبهج هو أبو الفرج عبد الواحد الشيرازي المقدسي، وتقدمت ترجمته (١/ ٥٧).

بل عليه أن يأتيَ بعمرة مفردة بإحرام مفرد لها(١)[١].

ومنها: إذا نذر الحجَّ من عليه حجُّ الفرض، ثمَّ حجَّ حجَّة الإسلام؛ فهل يجزئه عن فرضه ونذره؟ على روايتين:

إحداهما: يجزئه عنهما، نصَّ عليه أحمد في رواية أبي طالب(٢)، ونقله عن ابن(٣) عبَّاس(٤)، وهي اختيار أبي حفص(٥).

---

[١] كتب على هامش (ن): (إذا فعل القارن محظورًا؛ فهل يلزمه فدية واحدة أو ثنتان؟ على روايتين؛ أشهرهما: واحدة، والثانية ذكرها في «الواضح»، وذكره القاضي تخريجًا إن قلنا: يلزمه طوافان وسعيان، وخص ابن عقيل هذه الرواية بالصيد).

---

(١) قال القاضي في التعليقة (٢/ ٦٥): (نص عليه في رواية الأثرم في القارن: ليس فيه شك أنه لا يجزئه قرانه مع عمرته، وهو بيِّنٌ في حديث عائشة، وإنما تكون العمرة تجزئ؛ لأنه يجيء به مفردًا بعمرة، فيكون قد أنشأ لها سفرًا.
وكذلك قال في رواية بكر بن محمد فيمن يهل بحجة وعمرة: أخاف أن لا يجزئه من العمرة الواجبة.
وكذلك قال في رواية أبي طالب: ومن قرن لم تجزئه عمرته؛ لأنهما أمر واحد).

(٢) جاء في كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (٣/ ٦٩): نقل أبو طالب: إذا نذر أن يحج ولم يكن حج حجة الإسلام؛ فيحج ويجزيه عنهما.

(٣) قوله: (ابن) سقط من (ب).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٢٧٣٩)، من طريق واصل مولى أبي عيينة قال: حدثني شيخ، سمع ابن عباس وأتته امرأة، فقالت: إني نذرت أن أحج، ولم أحج حجة الإسلام، فقال ابن عباس: «قضيتهما ورب الكعبة».

(٥) هو عمر بن إبراهيم بن عبد الله، أبو حفص العكبري، يعرف بابن المسلم، معرفته بالمذهب المعرفة العالية، له التصانيف السائرة، مثل: المقنع، وشرح الخرقي، =

والثَّانية: لا يجزئه[١]، نقلها ابن منصور وعبد الله، وهي المشهورة(١).

وقد حمل بعض الأصحاب - كأبي الحسين في «التمام»(٢) -

[١] كتب في هامش (و): (أي: لا تجزئه عنهما، بل عن حجَّة الإسلام فقط).

= والخلاف بين أحمد ومالك، وغير ذلك من المصنفات، وكلها مفقود، كانت أكثر ملازمته لأبي عبد الله بن بطة، وصحب أيضًا أبا إسحاق بن شاقلا، توفي سنة ٣٨٧هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١٦٣.

(١) جاء في مسائل إسحاق بن منصور الكوسج (٥/ ٢٠٨٨)، : قلت: من نذر أن يحج ولم يحج حجة الإسلام؟ قال: لا يجزيه، يبدأ بفرض الله ﷺ عليه، ثم يقضي ما أوجب على نفسه، واحتج بحديث ابن عمر رضي الله عنهما.
وجاء في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (ص٢٢٠): سألت أبي قلت: من نذر أن يحج وما حج حجة الإسلام؟
قال: لا يجزئه، يبدأ بفريضة الله، ثم يقضي ما أوجب على نفسه، واحتج بحديث ابن عمر. قلت لأبي: فإن هو حج ولم يكن حج حجة الإسلام؟ قال: كان ابن عباس يقول: «يجزئه من حجة الإسلام». وقال ابن عمر: «هذه حجة الإسلام أوف بنذرك».

(٢) كتاب التمام لأبي الحسين الفراء، هو تتمة لكتاب والده: "الروايتين والوجهين"، وسماه: (التمام لما صح في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام، والمختار من الوجهين عن أصحابه العرانين الكرام).
وأبو الحسين: هو محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء، القاضي الشهيد، أبو الحسين، ابن شيخ المذهب القاضي أبي يعلى، وتوفي والده وهو صغير، فتفقه على الشريف أبي جعفر، وبرع في الفقه، وأفتى وناظر، وكان عارفًا بالمذهب، متشددًا في السنة، وله من المصنفات: طبقات الحنابلة، التمام، =

الرواية الأولى على صحَّة وقوع النذر قبل الفرض، وفَرَضَها فيما إذا نوى النَّذر أنَّه يجزئه عنه، ويبقى عليه حجَّة الإسلام.

ولا يصحُّ ذلك.

ومنها: إذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلان، فقدم في أوَّل رمضان؛ هل يجزئه رمضان عن فرضه ونذره؟ على روايتين:

أشهرهما عند الأصحاب: لا يجزئه عنهما.

والثَّانية: يجزئه عنهما، نقلها المروذيُّ(١)، وصرَّح بها(٢) الخرقيُّ في كتابه.

وحملها المتأخرون على أنَّ نذره لم ينعقد؛ لمصادفته رمضان[١]، ولا يخفى فساد هذا التَّأويل.

وعلى رواية الإجزاء: فقال صاحب «المغني»: لا بدَّ أن ينويه عن فرضه ونذره(٣).

---

[١] كتب في هامش (و): (لأنَّ مصادفة رمضان إنَّما هي بعد انعقاد نذره، ولأنَّ كونه عنهما إنَّما هو حيث قلنا: بانعقاد النَّذر).

= المسائل التي حلف عليها الإمام أحمد، توفي سنة ٥٢٦هـ. ينظر: ذيل الطبقات ١/ ٣٩١.

(١) هو أحمد بن محمد بن الحجاج بن عبد العزيز أبو بكر المروذي، وهو المقدم من أصحاب أحمد لورعه وفضله، وكان أحمد يأنس به وينبسط إليه، روى عنه مسائل كثيرة، توفي سنة ٢٧٥هـ. ينظر: تاريخ بغداد ٦/ ١٠٤، طبقات الحنابلة ١/ ٥٦.

(٢) في (ب): به.

(٣) المغني ١٠/ ٢١.

وقال الشيخ مجد الدِّين: لا يحتاج إلى نية النذر، قال: وهو ظاهر كلام أحمد والخرقيِّ؛ لأنَّا نقدِّره كأنَّه نذر هذا النذر منجَّزًا عند القدوم؛ فجعله كالنَّاذر لصوم رمضان بجهة الفرضيَّة[١]. وفيه بُعد.

ولو نذر صوم شهر مطلق، فصام رمضان ينويه عنهما؛ فإنَّه يخرَّج على مسألة الحج، ذكره ابن الزاغونيِّ وغيره.

ومنها: لو نذر الصَّدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول؛ فهل تجب فيه الزكاة؟ على وجهين[٢].

وعلى القول بالوجوب؛ فهل تجزيه الصَّدقة به عن النَّذر والزَّكاة إذا نواهما؟ على وجهين.

واختيار(١) صاحب «المغني»: الإجزاء[٣]. وخالفه صاحب «شرح الهداية».

ومنها: لو طاف عند خروجه من مكَّة طوافًا واحدًا، ينوي به الزيارة والوداع؛ قال الخرقيُّ(٢)[٤] في «شرح المختصر»، وصاحب «المغني»

[١] كتب في هامش (و): (قوله: "بجهة الفرضيَّة" متعلِّق بـ"صوم").
[٢] كتب على هامش (ن): (أصحهما: يجب).
[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).
[٤] كتب في هامش (و): (قال الخرقيٌّ في مختصرة: "وإن كان قد طاف للوداع؛ لم يجزئه لطواف الزيارة"، خلافًا لما ذكره المصنَف).

(١) في (ب) و(ج): واختار.
(٢) في (ب) وباقي النسخ: فقال الخرقي.

=

في كتاب الصَّلاة: يجزئه عنهما(١).

ويخرَّج(٢) فيه خلاف من المسألة الَّتي بعدها.

ومنها: لو أدرك الإمامَ راكعًا، فكبَّر تكبيرة ينوي بها تكبيرة الإحرام والرُّكوع؛ فهل تجزئه؟ على روايتين، حكاهما أبو الخطاب وغيره.

واختار(٣) القاضي: عدم الإجزاء[١]؛ للتَّشريك بين الركن وغيره، وأخذه من نصِّ أحمد فيمن رفع رأسه من الركوع وعطس، فقال: ربَّنا لك الحمد، ينوي به الواجب وسنَّة الحمد للعاطس؛ أنَّه لا يجزئه(٤).

---

[١] كتب في هامش (و): (وهو الصحيح).

= قلنا: المعروف عن الخرقي أنه لم يبق من مصنفاته سوى المختصر، قال في طبقات الحنابلة (٢/ ٧٥): (له المصنفات الكثيرة في المذهب لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه؛ لأنه خرج عن مدينة السلام لما ظهر سب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، وأودع كتبه في درب سليمان، فاحترقت الدار التي كانت فيها الكتب ولم تكن انتشرت لبعده عن البلد).

إلا أن شرح المختصر للخرقي نقل عنه القاضي أبو يعلى في كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٢٥٤)، فقال: (وهو اختيار الخرقي ذكره في شرحه)، وكذا نقل عنه شيخ الإسلام في مجموع فتاويه (٢٥/ ١٠٠) فقال: (وهذا اختيار الخرقي في شرحه للمختصر)، فلعل بعض من كان في زمانه نقل منه بعض الفوائد قبل احتراقه، والله أعلم.

(١) ينظر: المغني ١/ ٣٦٣.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): ويتخرَّج.

(٣) في (ب) و(ج): واختيار.

(٤) جاء في مسائل أحمد برواية ابنه صالح (١/ ٣٨٨)، ما نصه: وسألته عن رجل كان =

واختار ابن شاقْلَا: الإجزاء، وشبَّهه بمن أخرج في الفطرة أكثر من صاع.

ولا يصحُّ هذا التَّشبيه(١)[١].

ومن الأصحاب من قال: إن قلنا: تكبيرة الرُّكُوع سنة؛ أجزأه، وحصلت السنة بالنية تبعًا للواجب، وإن قلنا: واجبة؛ لم يصحَّ التَّشريك. وفيه ضعفٌ.

وهذه المسألة تدلُّ على أنَّ تكبيرة الرُّكوع تجزئ في حال القيام[٢] خلافَ ما يقوله المتأخرون.

والضَّرب الثَّاني: أن تحصل له إحدى العبادتين بنيَّتها، وتسقط عنه الأخرى.

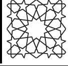
---

[١] كتب في هامش (و): (لأنَّ في الأوَّل تشريكًا بين الرُّكن وغيره، ولا كذلك في هذا فإنَّ الواجب قدر الصَّاع).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهذا هو مقتضى عبارة «المحرر» حيث يقول: ثم يكبر ويخر ساجدًا، ولم يقل: ثم يخر ساجدًا مكبرًا، ولا ثم يسجد مكبرًا، قال في «الفروع»: فلو شرع فيه قبل انتقاله أو كمَّله بعد انتهائه، فقيل: يجزئه؛ للمشقة لتكرره؛ كمن كمَّل قراءته راكعًا أو أتى بالتشهد قبل قعوده، وكما لا يأتي بتكبير ركوع أو سجود فيه، ذكره القاضي وغيره وفاقًا).

= يصلي، فأراد أن يركع، فعطس، فلما رفع رأسه من الركوع قال: ربنا ولك الحمد، ينوي بذلك لما عطس وللركوع. قال: لا يجزيه إذا عطس في الصلاة، يحمد الله في نفسه.

(١) قوله: (ولا يصحُّ هذا التَّشبيه) سقط من (أ).



ولذلك أمثلة:

منها: إذا دخل المسجد وقد أقيمت الصَّلاة فصلَّى معهم؛ سقطت عنه التَّحيَّة.

ومنها: لو سمع السَّجدتين(١) معًا؛ فهل يسجد سجدتين أم يكتفي بواحدة؟

المنصوص في رواية البرزاطيِّ(٢): أنَّه يسجد سجدتين(٣).

ويتخرَّج: أن يكتفي بواحدة، وقد خرَّج الأصحاب في الاكتفاء بسجدة الصَّلاة عن سجدة التِّلاوة وجهًا(٤)، فهنا أولى.

ومنها: إذا قدم المعتمر مكَّة؛ فإنَّه يبدأ بطواف العمرة، ويسقط عنه طواف القدوم[١].

وقياسه: إذا أحرم بالحجِّ من مكَّة، ثمَّ قدم يوم النَّحر: أنَّه يجزئه طواف الزِّيارة عنه(٥)[٢].

---

[١] قال ابن نصر الله: فلو نواهما بطوافه؛ فالظاهر أنه كما لو نوى بطوافه الزيارة والوداع، وقد تقدم أنه يجزئ عنهما.

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: عن طواف القدوم). وكتب في هامش (و): =

---

(١) في (ب): سجدتين.

(٢) هو الفرج بن الصباح البرزاطي، نقل عن الإمام أحمد أشياء. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٥٥، المقصد الأرشد ٢/ ٣١٤.

(٣) ذكرها ابن القيم في بدائع الفوائد (٤/ ٥٧) عن مسائل البرزاطي، قال: قلت: رجل دخل المسجد ورجلان يقرآن سورتين فيهما سجدة فسجدا جميعًا؟ قال: إذا سمعهما جميعًا يقرآن السجدة وقد سجدا سجد الرجل سجدتين.

(٤) في (ج) و(هـ): وجهان.

(٥) قوله: (عنه) سقط من (أ) و(ج).

والمنصوص هٰهنا: أنَّه يطوف قبله للقدوم(١).

وخالف فيه صاحب «المغني»، وهو الأصحُّ.

ومنها: إذا صلَّى عقب الطَّواف مكتوبةً؛ فهل يسقط عنه ركعتا الطَّواف؟ على روايتين:

قال أبو بكر: الأقيس أنَّها لا تسقط.

ونقل أبو طالب عن أحمد: يجزئه، ليس هما واجبتين[١]، ونقل الأثرم(٢) عنه: أرجو أن يجزئه.

وهذا[٢] قد يشعر أنَّه قد(٣) يحصل له بذلك: الفرض وركعتا الطَّواف؛ فيكون من الضَّرب الأوَّل، لكن لا تعتبر هنا نيَّة ركعتي الطَّواف.

= (أي: ويسقط عنه طواف القدوم).

[١] كتب في هامش(و): (أي: ركعتا الطَّواف).

[٢] كتب في هامش(و): (أي: لفظ الإجزاء). وكتب على هامش (ن): (أي: التعبير بالإجزاء في كل من النصين).

---

(١) جاء في رواية الأثرم، قال: قلت لأبي عبد الله رحمه الله: فإذا رجع إلى منًى - أعني المتمتع - كم يطوف ويسعى؟ قال: يطوف ويسعى لحجه، ويطوف طوافًا آخر للزيارة. عاودناه في هذا غير مرة، فثبت عليه. ينظر: المغني ٣/ ٣٩٢.

(٢) هو أحمد بن محمد بن هانىء الطائي، ويقال الكلبي، الأثرم، الإسكافي، أبو بكر، جليل القدر، حافظ إمام، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة، وصنفها ورتبها أبوابًا. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٦٦.

(٣) في (ب) و (ج) و (د) و (هـ): بأنه، مكان قوله: (أنه قد).

ويشبه هذا[١]: الرِّواية الَّتي حكاها أبو حفص البرمكيُّ عن أحمد في الجنب إذا اغتسل، ينوي الجنابة وحدها: أنَّه يرتفع حدثه الأصغر تبعًا، وهي اختيار الشَّيخ تقيِّ الدِّين(١).

وقد يقال: المقصود أن يقع عقب(٢) الطَّواف صلاة[٢]، كما أنَّ المقصود أن يقعَ قبل الإحرام صلاة، فأيُّ صلاة وجدت؛ حصَّلت المقصود.

ومنها: لو أخَّر طواف الزِّيارة إلى وقت خروجه، فطافه؛ فهل يسقط عنه طواف الوداع أم لا؟ على روايتين.

ونصَّ في رواية ابن القاسم على سقوطه(٣).

ومنها: إذا أدرك الإمامَ راكعًا، فكبَّر للإحرام؛ فهل يسقط عنه تكبيرة الرُّكوع؟ على روايتين أيضًا، والمنصوص عنه: الإجزاء.

---

[١] كتب في هامش (و): (أي: هذه المسألة في عدم اعتبار نيَّة ركعتي الطَّواف مع أنَّ المكتوبة تجزئ عنها).

[٢] كتب في هامش (و): (سياق قوله: وقد يقال...إلخ، يقتضي سقوط ركعتي الطَّواف بفعل المكتوبة).

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢١/ ٢٩٩.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ) و(و): عقيب.

(٣) هو أحمد بن القاسم، صاحب أبي عبيد القاسم بن سلام، حدث عن أبي عبيد وعن الإمام أحمد بمسائل كثيرة، ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٥٥.
تنظر نسبة الرواية في: الهداية لأبي الخطاب ص١٩٧.

وهل يشترط أن ينوي بها تكبيرة الافتتاح أم لا؟ على روايتين، نقلهما عنه ابن منصور:

إحداهما: لا يشترط، بل يكفيه أن يكبِّر بنيَّة الصَّلاة؛ وإن لم يستحضر بقلبه أنَّها تكبيرة الإحرام، كما لو أدرك الإمام في القيام[١](١).

والثَّانية[٢]: لا بدَّ أن ينوي بها الافتتاح؛ لأنَّه قد اجتمع ههنا تكبيرتان، فوقع الاشتراك؛ فاحتاجت تكبيرة الإحرام إلى نيَّة تميِّزها، بخلاف حال القيام؛ فإنَّه لم يقع فيه اشتراك(٢).

ومنها: إذا اجتمع في يومٍ جمعةٌ وعيد؛ فأيُّهما قدَّم أوَّلًا في الفعل؛ سقط به الثَّاني، ولم يجب حضوره مع الإمام.

وفي سقوطه عن الإمام روايتان.

---

[١] كتب في هامش (و): (أي: قبل ركوعه).

[٢] كتب في هامش(و): (وهي الصَّحيحة).

---

(١) جاء في مسائل إسحاق بن منصور (٢/ ٥١٧)، عن أحمد أنه قال: إذا جاء والإمام راكع كبر تكبيرة وركع، حديث زيد وابن عمر رضي الله عنهما. قيل له: ينوي بها الافتتاح؟ قال: نوى أو لم ينو، ما نعلم أحدًا قال: ينوي، أليس جاء وهو يريد الصلاة؟!

(٢) جاء في مسائل إسحاق بن منصور (٢/ ٥٢٠)، ما نصه: فإن كبر واحدة نوى بها الافتتاح، ثم ركع ولم يكبر له أجزأه، هكذا معنى قول زيد بن ثابت، وإن كبر تكبيرة لم ينو بها افتتاحها لم يجزه، لما جاء: «مفتاح الصلاة التكبير»، ولا بد من إحداث نية إذا دخلها.

وعلى رواية عدم السُّقوط[١]: فيجب أن يحضر معه من تنعقد به تلك الصَّلاة، ذكره صاحب «التَّلخيص» وغيره؛ فتصير الجمعة ههنا فرض كفاية[٢] تسقط بحضور أربعين[٣].

ومنها: إذا اجتمع عقيقة وأضحية؛ فهل تجزئ الأضحية عن العقيقة أم لا؟ على روايتين منصوصتين.

وفي معناه: لو اجتمع هدي وأضحية.

واختيار الشَّيخ تقيِّ الدِّين: أنَّه لا تضحية بمكَّة، وإنَّما هو الهدي(١).

ومنها: اجتماع الأسباب الَّتي تجب بها الكفَّارات وتتداخل[٤] في الأيمان والحجِّ والصِّيام والظِّهار وغيرها، فإذا أخرج كفَّارة واحدة عن واحد منها معيَّن؛ أجزأه، وسقطت سائر الكفَّارات.

وإن كان مبهمًا، فإن كانت[٥] من جنس واحد؛ أجزأه أيضًا وجهًا واحدًا عند صاحب «المحرَّر».

وعند صاحب «التَّرغيب» أنَّ فيه وجهين.

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: عن الإمام).

[٢] قال ابن نصر ﷺ: على غير الإمام إن كان أهل البلد أكثر من أربعين.

[٣] كتب في هامش (و): (ويتخرَّج: أن يصير فرض عين في أربعين).

[٤] كتب في هامش (و): (أي: الكفَّارات).

[٥] كتب في هامش (ن): (أي: الأسباب).

---

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى ٥/ ٣٨٥.

وإن كانت من جنسين؛ فوجهان في اعتبار نيَّة التَّعيين[١].

وأمَّا الأحداث الموجبة للطهارة من جنس[٢] أو جنسين موجَبُهما واحد؛ فيتداخل موجَبُهما(١) بالنِّيَّة أيضًا بغير إشكال.

وإن نوى أحدها[٣]؛ فالمشهور: أنَّه يرتفع الجميع، ويتنزَّل ذلك على التَّداخل، كما قلنا في الكفَّارات، أو على أنَّ الحكم الواحد يعلَّل بعلل مستقلَّة، فإذا نوى رفع حدث البعض؛ فقد نوى واجبه، وهو واحد لا تعدُّد فيه.

وعن أبي بكر: لا يرتفع إلَّا ما نواه، قال في «كتاب المقنع»: إذا أجنبت المرأة ثمَّ حاضت؛ يكون الغسل الواحد لهما جميعًا إذا نوتهما به.

ويتنزَّل هذا على أنَّه لا يعلَّل الحكم الواحد بعلَّتين مستقلَّتين، بل إذا اجتمعت أسباب موجِبة؛ تعدَّدت الأحكام الواجبة بتعدُّد أسبابها، ولم تتداخل وإن كانت جنسًا واحدًا.

ورجَّح صاحب «المحرَّر» قول أبي بكر في غسل الجنابة والحيض؛ لأنَّهما مختلفا الأحكام؛ إذ المنع المرتَّب على الحيض يزيد على المنع

---

[١] كتب في هامش (و): (أي: لأحد الجنسين أم يكفي إخراجها من غير تعيين).

[٢] كتب في هامش (ن): (قوله: "من جنس" متعلق بالأحداث لا بالطهارة).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: أحد الأحداث).

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): موجبها.

المترتِّب على الجنابة[1] بخلاف غيرهما؛ فهما كالجنسين، وغيرهما كالجنس الواحد.

ومن الأصحاب من قال: إن نوت رفع حدث الحيض ارتفعت الجنابة؛ لدخول موانعها فيه، ولا عكس.

(١) في (ج): الجنابة والحيض. وزاد في (د) و(هـ): لأنَّهما مختلفا الأحكام.

قاعدة(١) [١٩]

إمكان الأداء ليس بشرط في استقرار الواجبات بالشَّرع في الذِّمة على ظاهر المذهب.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: الطَّهارة، فإذا وصل عادم الماء إلى الماء وقد ضاق الوقت؛ فعليه أن يتطهَّر ويصلِّي بعد الوقت، ذكره صاحب «المغني».

وخالفه صاحب «المحرر»، وقال: يصلِّي بالتَّيمم(٢)، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية صالح.

ومنها: الصَّلاة، فإذا طرأ على المكلف ما يُسقِط تكليفه[١] بعد الوقت وقبل التَّمكُّن من الفعل؛ فعليه القضاء في المشهور.

وقال ابن بطة(٣)، ....

[١] كتب على هامش (ن): (كالجنون والحيض والنفاس).

(١) سقطت هذه القاعدة من (ب).

(٢) ينظر: المحرر ١/ ٢٣.

(٣) هو الإمام العلامة عبيد الله بن محمد بن محمد بن حمدان، أبو عبد الله العكبري، المعروف بابن بطة، قال عبد الواحد العكبري: لم أر في شيوخ الحديث ولا في غيرهم أحسن هيئة من ابن بطة، وله مصنفات كثيرة، قيل: إن مصنفاته تزيد على مائة =

وابن أبي موسى(١): لا قضاء عليه(٢).

ومنها: الزكَّاة، فإذا تلف النِّصاب قبل التمكُّن من الأداء؛ فعليه أداء زكاته على المشهور؛ إلَّا المعشَّرات إذا تلفت بآفَة سماويَّة؛ لكونها لم تدخل تحت يديه؛ فهي كالدَّين التَّاوي(٣) قبل قبضه.

وخرَّج الشِّيرازيُّ وغيره وجهًا بالسقوط مطلقًا[١].

ومنها: الصِّيام، فإذا بلغ الصَّبي مفطرًا في أثناء يوم من رمضان، أو أسلم فيه كافر، أو طهرت حائض؛ لزمهم القضاء على أصحِّ الرِّوايتين.

ومنها: الحجُّ؛ فلا يشترط لثبوت وجوبه في الذمة التمكُّن من الأداء على أظهر الروايتين، وإنما يشترط[٢] للزوم أدائه بنفسه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (سيأتي في القواعد حكاية رواية مجزوم بها بدل هذا الوجه، ولعل هذا التخريج من مسألة بلوغ الصبي في أثناء يوم من رمضان؛ فإنه لا يلزمه قضاؤه على إحدى الروايتين).

[٢] كتب في هامش (و): (أي: التَّمكُّن من الأداء).

= مصنف، توفي سنة ٣٨٧هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٦/ ٥٢٩، المدخل لابن بدران ص٤٩٩.

(١) هو القاضي محمد بن أحمد بن أبي موسى، أبو علي الهاشمي، إليه انتهت رئاسة المذهب، صحب أبا الحسن التميمي من الأصحاب، له من المصنفات: الإرشاد إلى سبيل الرشاد، وشرح الخرقي، توفي سنة ٤٢٨هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١٨٢.

(٢) ينظر: الإرشاد ص٥٠.

(٣) قال في تاج العروس (٣٧/ ٢٥٨): (في الصحاح: التوى: هلاك المال. وقال غيره: ذهاب مالٍ لا يُرجى).

وأمَّا قضاء العبادات: فاعتبر الأصحاب له إمكان الأداء[١]، فقالوا فيمن أخَّر قضاء رمضان لعذر ثمَّ مات قبل زواله: إنَّه لا يطعَم عنه[٢]، وإن مات بعد زواله والتَّمكن من القضاء: أطعم عنه.

وأمَّا المنذورات؛ ففي اشتراط التَّمكُّن من الأداء لها[٣] وجهان، فلو نذر صيامًا أو حجًّا، ثمَّ مات قبل التَّمكُّن منه؛ فهل يُقضى عنه؟ على الوجهين[٤].

وعلى القول بالقضاء؛ فهل يُقضى الصِّيام الفائت بالمرض خاصَّة، أم الفائت بالمرض وبالموت؟ أيضًا على وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعل سبب ذلك أن القضاء يقصد منه الفعل، والإمكان شرط فيه، بخلاف الوجوب في الذمة).

[٢] كتب على هامش (ن): (قال في «المحرر»: وإن نذر صوم شهر بعينه فجُنَّ جميعه لم يلزمه قضاؤه على الأصح، وإن أفطره لعذر أو غيره لزمه قضاؤه متتابعًا، وعنه: لا يجب التتابع).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: في اشتراط التمكن من الأداء لاستقرار وجوبه في الذمة).

[٤] كتب على هامش (ن): (أحدهما: لا؛ لعدم استقرار وجوبه؛ لكونه أدنى مرتبة من واجب الشرع، والثاني: نعم، كواجب الشرع).

قاعدة [٢٠]

النَّماء المتولِّد من العين حكمه حكم الجزء، والمتولِّد من الكسب بخلافه على الصَّحيح[١].

ويظهر أثر ذلك في مسائل:

منها: لو كان عنده دون نصاب، فكمَّل نصابًا بنتاجه؛ فهل يحسب(١) حوله من حين كمل، كما لو كان النِّتاج من غيره، أو من حين ملك الأمَّهات؛ لأنَّ النِّتاج جزء من الأمهات[٢]، فهو موجود فيها بالقوَّة من أوَّل الحول؟ في المسألة روايتان[٣].

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: "على الصحيح" يقتضي أن يجيء هنا خلاف أيضًا؛ لأنه فرعُ أصلٍ مختلف فيه).

[٢] كتب على هامش (ن): (قال في «الفروع»: فعلى هذه الرواية - يعني رواية احتساب الحول من حين ملك الأمهات، وهي رواية حنبل -؛ لو أبدل بعض نصاب بنصاب من جنسه؛ كعشرين شاة بأربعين؛ احتمل أن يبني على حول الأولى، واحتمل أن يبتدئ الحول من كمال النصاب؛ لأنه ليس بنماء من عينه؛ كربح التجارة).

[٣] كتب في هامش (و): (الصَّحيح: أنَّه يحتسب الحول من حين كمل).

(١) في (ب): يحتسب.

ولو كان له مائة وخمسون درهمًا، فاتَّجر بها حتى صارت مائتين؛ فحولها من حين كملت بغير خلاف؛ لأنَّ الكسب متولِّد من خارج، وهو رغبات النَّاس، لا من نفس العين.

ومنها: لو عجَّل الزكاة عن نماء النِّصاب قبل وجوده؛ فهل يجزئه؟ فيه ثلاثة أوجه[١]:

ثالثها: يفرَّق بين أن يكون النَّماء نصابًا فلا يجوز؛ لاستقلاله بنفسه في الوجوب، وبين أن يكون دون نصاب فيجوز(١)؛ لتبعيَّته للنِّصاب في الوجوب.

ويتخرَّج وجه رابع: بالفرق بين أن يكون النَّماء نتاج ماشية أو ربح تجارة؛ فيجوز في الأوَّل دون الثَّاني، من المسألة[٢] الَّتي قبلها.

ومنها: لو اشترى شيئًا فاستغلَّه ونما عنده، ثمَّ ردَّه بعيب، فإن كان نماؤه كسبًا؛ لم يرده معه، قال كثير من الأصحاب: بغير خلاف[٣].

وإن كان متولِّدًا من عينه؛ كالولد واللَّبن والصُّوف الحادث وثمر

---

[١] كتب على هامش (ن): (المذهب: عدم الإجزاء)، وكتب في هامش (و): (الصَّحيح: أنَّه لا يجوز تعجيل الزَّكاة عن النَّماء قبل وجوده مطلقًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (لعله: كما في المسألة).

[٣] كتب على هامش (ن): (ذكر في «الكافي» في الكسب أيضًا روايتين).

---

(١) في (ب) و(ج): فيجزئ.

الشَّجر؛ فهل يردُّه معه؟ على روايتين معروفتين[١].

ومنها: لو قارض المريض في مرض الموت، وسمَّى للعامل أكثر من تسمية مثله؛ صحَّ ولم يحتسب من الثُّلث[٢].

ولو ساقى وسمى للعامل أكثر من تسمية المثل؟ فوجهان؛ أشهرهما: أنَّه يعتبر[٣] من الثُّلث؛ لحدوث الثَّمر من عين ملكه.

ومنها: لو فسخ المالك المضاربة قبل ظهور الرِّبح؛ لم يستحقَّ المضارب شيئًا، ولو فسخ المساقاة قبل ظهور الثَّمرة؛ استحقَّ العامل أجرة المثل؛ لأنَّ الرِّبح لا يتولَّد من المال بنفسه، وإنَّما يتولَّد من العمل[٤]، ولم يحصل بعمله ربح، والثَّمر يتولَّد (١) من عين الشَّجر، وقد عمل على الشَّجر عملًا مؤثرًا في الثَّمر؛ فكان لعمله تأثير في حصول الثَّمر وظهوره بعد الفسخ.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قدم في «المحرر»: أنه لا يلزم رده معه).

وكتب في هامش (و): (الصَّحيح: أنَّ النَّماء المنفصل لا يردُّ، وإنَّما ردَّ الولد لأجل العذر).

[٢] كتب في هامش (و): (لأنَّ النَّماء إنَّما حصل من الكسب). وكتب على هامش (ن): (لأن الربح من خارج، لا من العين، فليس حكمه حكم الجزء).

[٣] في هامش (ب): (الزيادة على تسمية المثل).

[٤] كتب في هامش (و): (أي: بعمل المضارب).

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: متولد.

ومنها: أنَّ المشاركة(١) بين اثنين بمالِ أحدهما وعمل الآخر إن كانت المشاركة فيما(٢) سمّى(٣) من العمل كالرِّبح[١]؛ جاز؛ كالمضاربة، وكمن دفع دابَّته أو عبده إلى من يعمل عليه بجزء من كسبه، فإنَّه يجوز على الأصحِّ.

وإن كانت المشاركة فيما يحدث من عين المال؛ كدرِّ الحيوان ونسله؛ ففيه روايتان.

وكثير من الأصحاب يختار(٤) فيه المنع؛ لأنَّ العامل لا يثبت حقُّه في أصل عين المال، والمتولِّد من العين حكمه حكمها، ولكن هذا ممنوع عند من أجاز الاستئجار على حصاد الزَّرع بجزء منه أو على نسج الثَّوب ببعضه، وذلك منصوص عن أحمد أيضًا.

واستثنى من ذلك[٢] أبو الخطَّاب في «انتصاره» ثمرَ الشَّجر، فإذا عمل الشَّريكان في شجر بينهما نصفين، وشرط التَّفاضل في ثمره(٥)؛

---

[١] كتب على هامش (ن): (والربح كسب، فليس حكمه حكم الجزء).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الجواز في النص، كما هو جائز "عند من أجاز الاستئجار... إلخ").

---

(١) في (ج): المضاربة.
(٢) في (ب): ممَّا.
(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): ينمو. وفي (و): ينمي.
(٤) في (ب): اختار.
(٥) في (ب): ثمنه.

جاز عنده، وفرَّق بين الثَّمر وغيره ممَّا يتولَّد من عين المال؛ بأنَّ(١) للعمل تأثيرًا في حصول الثَّمر بخلاف غيره، ولهذا المعنى جازت المساقاة.

فأمَّا الإجارة المحضة[١]؛ فتجوز فيما ينتفع به(٢) باستغلاله وإجارته من العقار وغيره، ولا يجوز فيما ينتفع بأعيانه؛ إلَّا فيما استثني من ذلك للحاجة؛ كالظِّئر ونحوها.

وعند الشَّيخ تقيِّ الدِّين: أنَّ الأعيان الَّتي تستخلف شيئًا فشيئًا حكمها حكم المنافع، فيجوز استيفاؤها بعقد الإجارة، كما يستوفى بالوقف(٣) والوصيَّة(٤).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: التي ليس فيها شائبة شركة).

---

(١) في (ب): لأنَّ.
(٢) قوله: (به): سقط من في (ب) و(ج) و(د).
(٣) في (ب): من الوقف.
(٤) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٥٠.

قاعدة [٢١]

وقد يختصُّ الولد من بين سائر النَّماء المتولِّد من العين بأحكام.

ويعبَّر عن ذلك بأنَّ الولد هل(١) هو كالجزء أو كالكسب؟ والأظهر: أنَّه جزء[١].

فمن ذلك: لو ولدت الأمة الموقوفة ولدًا؛ فهل يكون ملكًا[٢] للموقوف عليه كثمرة الشَّجرة[٣]، أو يكون وقفًا معها؟ على وجهين؛ أشهرهما: أنَّه وقف معها؛ لأنَّه جزء منها، ولهذا يصحُّ وقفه ابتداء(٢)، بخلاف الثَّمرة.

ومنها: لو ولدت الموصى بمنافعها، فإن قلنا: الولد كسب؛ فكلُّه[٤] لصاحب المنفعة، وإن قلنا: هو جزء، ففيه وجهان:

[١] كتب على هامش (ن): (مقابل الأظهر: أن الولد كسب لا جزء، وهو وجه غريب).

[٢] كتب على هامش (و): (يعني: ملكًا مطلقًا).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: الموقوفة).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: رقبته ومنفعته).

(١) قوله: (هل) سقط من (أ).

(٢) قوله: (وقفه ابتداء) هي في (ب): ابتداء الوقف عليه.

أحدهما: أنَّه بمنزلتها(١)[١].

والثَّاني[٢]: أنَّه للورثة؛ لأنَّ الأجزاء لهم دون المنافع.

ومنها: هل يتبع الولد أُمَّه في الكتابة الفاسدة كالصَّحيحة[٣]؟

فإن قلنا: هو جزء منها؛ تبعها.

وإن قلنا: هو كسب؛ ففيه وجهان بناء على سلامة الأكساب[٤] في الكتابة الفاسدة[٥].

---

[١] كتب على هامش (ن): (فتكون رقبته للورثة، ومنافعه للموصى له).

[٢] كتب في هامش (و): (وهو الصَّحيح).

[٣] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: للمكاتب، ففيه وجهان في «الفروع» وغيره).

[٥] في هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (ب): بمنزلها.

قاعدة [٢٢]

العين المنغمرة في غيرها إذا لم يظهر أثرها؛ فهل هي كالمعدومة حكمًا أو لا؟

فيه خلاف، وينبني عليه مسائل:

منها: الماء الَّذي استهلكت فيه النَّجاسة، فإن كان كثيرًا؛ سقط حكمها بغير خلاف.

وإن كان يسيرًا؛ فروايتان.

ثمَّ من الأصحاب من يقول: إنَّما سقط حكمها، وإلَّا فهي موجودة.

ومنهم من يقول: بل الماء أحالها؛ لأنَّ له قوَّة الإحالة، فلم يبق لها وجود، بل الموجود غيرها وهو عين طاهرة، وهي طريقة أبي الخطَّاب[١].

ومنها: اللَّبن المشوب بالماء المنغمر فيه؛ هل يثبت به(١) تحريم الرَّضاع؟ فيه وجهان:

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعل فائدة هذا الخلاف: أن الحكم بطهارة الماء هل هو على سبيل العفو، أو لعدم نجاسةٍ فيه أصلًا؟ إن قلنا: هي موجودة؛ فهو على سبيل العفو، وإلا فلعدم النجاسة).

---

(١) في (أ) و(و): فيه.

أحدهما - وهو المحكي عن القاضي -: أنه يثبت[١].

والثَّاني: لا، واختاره صاحب «المغني».

وعلى الأوَّل؛ فإنما يحرم إذا شرب الماء كلَّه[٢]؛ ولو في دفعات، ويكون رضعة واحدة، ذكره القاضي في «خلافه»(١).

ومنها: لو خَلط خمرًا بماء، واستهلك فيه ثمَّ شربه؛ لم يحدَّ، هذا هو المشهور، وسواء قيل بنجاسة الماء أو لا.

وفي «التنبيه» لأبي بكر عبد العزيز: من لتَّ بالخمر سويقًا أو صبَّها في لبن أو ماء حار، ثمَّ شربها؛ فعليه الحدُّ، ولم يفرق بين أن يستهلك أو لا يستهلك[٣].

ومنها: لو اختلط زيته بزيت غيره على وجه لا يتميَّز؛ فهل هو استهلاك بحيث يجب لصاحبه عوضه من أيِّ موضع كان، أو هو اشتراك؟ في المسألة روايتان:

---

[١] كتب في هامش (و): (والصَّحيح: أن يثبت التَّحريم إن كانت صفات اللَّبن باقية). وكتب على هامش (ن): (وهو المذهب إن كانت صفات اللبن باقية فيه).

[٢] كتب في هامش (و): (لأنَّه لا يتحقَّق شرب اللَّبن كلِّه إلَّا بشرب الماء كلِّه).

[٣] كتب على هامش (ن): (إذا حمل كلام أبي بكر على غير المستهلك كان فيه جمع بينه وبين المشهور).

---

(١) من قوله: (وعلى الأول؛ فإنما يحرم...) إلى هنا سقط من (أ).

المنصوص في رواية عبد الله وأبي الحارث: أنَّه اشتراك(١)، واختاره ابن حامد، والقاضي في «خلافه».

واختار في «المجرَّد»: أنَّه استهلاك.

وأمَّا إن كان المختلط غصبًا؛ فقال في رواية أبي طالب: هذا قد اختلط أوَّله وآخره، أعجب إليَّ أن يتنزَّه عنه كلِّه، يتصدَّق به، وأنكر قول من قال: يخرج منه قدر ما خالطه.

واختار ابن عقيل في «فنونه»: التَّحريم؛ لامتزاج الحلال بالحرام، واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر.

وعلى هذا: فليس له إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المغصوب منه؛ لأنَّها قسمة؛ فلا تجوز بدون رضا الشَّريكين.

لكن لأصحابنا وجه في المكيل والموزون المشترك: أنَّ لأحد الشَّريكين الانفراد بالقسمة دون الآخر، وهو اختيار أبي الخطَّاب، ونصَّ عليه أحمد في «الدَّراهم».

ومنعه القاضي[١]، لكنَّه في «خلافه» قال: إن كان الحق في القدر

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) جاء في مسائل عبد الله (ص٣٠٩)، ما نصه: سألت أبي عن دقيقٍ لقوم، اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير دقيق جميعًا، طحنا فاختلطا، قال: هذا لا يقدر أن يميز. فقال أبي: إن كان يعرف قيمة دقيق الشعير من دقيق الحنطة مع هذا، أو أعطى كل واحد منهما قيمة ماله، إلا أن يصطلحوا بينهم على شيء ويتحالوا.

قلت لأبي: فإن قال هذا: أريد حنطتي. قال: أريد شعيري؟ قال: يباع إن عرف =

المختلط لآدمي معيَّن؛ لم تجز القسمة بدون إذنه، وإن كان لغير معين كالَّذي انقطع خبر مالكه ووجب التَّصدُّق به؛ فللمالك الاستبداد بالقسمة؛ لأنَّ له ولاية التَّصرف فيه بالصَّدقة.

وهذا كلُّه بناءً على أنَّه اشتراك.

وعن أحمد رواية أخرى: أنَّه استهلاك[١]، قال في رواية المروذيِّ: يخرج عنه(١) العوض منه[٢].

وهذا يحتمل: أنَّه أراد أن يخرج بدله عوضًا منه[٣].

وكذا ساقه المروذيُّ في «كتاب الورع» له أنَّ أحمد قال: يعطي العوض، ولم يقل: منه(٢).

وإن كان أراد أنَّه يُخرج العوض من نفس المختلط[٤]؛ فهو بناءً على

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب في هامش (ج): (أي: عنه)، وكتب في هامش (و): (فعلى هذا الاحتمال تكون الرِّواية الثَّانية على أنَّه استهلاك، ويكون قوله: منه، بمعنى: عنه).

[٤] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

= قيمتهما. قلت لأبي: فإن لم يعرف؟ قال: لا بد لهم أن يصطلحوا على شيء ويتحالوا.

(١) قوله: (عنه) سقط من (ب) و(ج).

(٢) جاء في الورع للإمام أحمد برواية المروذي (ص٥٩) ما نصه: (ذكرت لأبي عبد الله عن بعض الناس أنه قال: إذا كان الشيء المستهلك، مثل الدهن والزيت والذي لا =

أنَّه شركة، وأنَّ له الاستبداد بقسمة ذلك.

ومنها: لو وُصِّيَ له برطل من زيت معيَّن، ثمَّ خلطه في زيت آخر:

فإن قلنا: هو اشتراك؛ لم تبطل الوصيَّة.

وإن قلنا: هو استهلاك؛ بطلت.

ومنها: لو حلف لا يأكل شيئًا، فاستهلك في غيره ثمَّ أكله[١]:

قال الأصحاب: لا يحنث[٢]، ولم يخرِّجوا فيه خلافًا؛ لأنَّ مبنى الأيمان على العرف، ولم يقصد الامتناع من مثل ذلك[٣].

وقد يخرج فيه وجه بالحنث، وقد أشار إليه أبو الخطَّاب كما سنذكره.

وهذا كلُّه في المائعات والأدقَّة ونحوها ممَّا يختلط بعض أجزائه ببعض.

فأمَّا الحبوب والدَّراهم ونحوها؛ فمن الأصحاب من قال: حكمها حكم المائعات فيما سبق، وفرَّعوا على ذلك مسائل:

منها: لو اشترى ثمرة، فلم يقبضها حتَّى اختلطت بغيرها، ولم

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: ولم يظهر طعم المستهلَك في المستهلَك فيه).

[٢] كتب على هامش (و): (وهو الصحيح).

[٣] كتب على هامش (و): (أما إذا قصد الامتناع من مثل ذلك؛ حَنِث؛ لأن اليمين رجع فيها إلى النية).

= يوصل إليه بعينه؛ أعطي العوض. قال: نعم هكذا هو).

تتميَّز(١)؛ فهل ينفسخ البيع؟ على وجهين:

اختار القاضي في «خلافه»: الانفساخ.

وفي «المجرد»: عدمه[١].

ومنها: لو حلف لا يأكل حنطة، فأكل شعيرًا فيه حبَّات حنطة؛ ففي حنثه وجهان، ذكرهما أبو الخطَّاب.

وغلَّطه صاحب «التَّرغيب»، وقال: يحنث بلا خلاف؛ لأنَّ الحبَّ متميِّز لم يستهلك، بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها فاستهلكت؛ فإنَّه لا يحنث.

ومنها: لو اختلطت دراهمه(٢) بدراهم مغصوبة؛ فالمنصوص عن أحمد في رواية المروذيِّ: إن كانت الدَّراهم قليلة؛ كثلاثة فيها درهم حرام؛ وجب التَّوقُّف عنها حتَّى يعلم، وإن كانت كثيرة؛ كثلاثين فيها درهم حرام؛ فإنَّه يُخرج منها درهمًا، ويتصرَّف في الباقي.

وله نصوص كثيرة في هذا المعنى[٢]، وعلَّل بأنَّ الكثير يجحف بماله إخراجه، وأنكر على من قال: يخرج قدر الحرام من القليل كالثَّلاثة إنكارًا شديدًا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

وكتب في هامش (و): (وهو الصَّحيح، وعلى هذا يكونان شريكين).

[٢] كتب على هامش (ن): (في جواز الأكل مِن مال مَن في ماله حرام، =

---

(١) قوله: (ولم تتميَّز) سقط من (أ).

(٢) في (ب) و(ج) و(ن): دراهم.

وأمَّا القاضي؛ فتأوَّل كلامه على الاستحباب[١]؛ لأنَّه كلَّما كثر الحلال؛ بَعُدَ تناول الحرام، وشقَّ التَّورُّع عن الجميع، بخلاف القليل، قال(١): فالواجب في الجميع إخراج قدر الحرام[٢].

وكذلك ذكر ابن عقيل في «فصوله».

وخالف في «الفنون»، وقال: يحرم الجميع.

ومنها: لو خلط الوديعة - وهي دراهم - بماله، ولم تتميَّز؛ فالمشهور: الضَّمان؛ لعدوانه حيث فوَّت تخليصها[٣].

= أحدها: التحريم مطلقًا. ثانيها: إن زاد الحرام على الثلث حرم الأكل وإلا فلا. ثالثها: إن كان الحرام أكثر حرم الأكل وإلا فلا. رابعها: عدم التحريم مطلقًا، قلَّ الحرام أو كثر، لكن يكره، وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته، جزم به في «المغني» و«الشرح»، وقاله ابن عقيل في «فصوله»، وقدمه الأَزَجي وغيره، وقال في «الإنصاف»: إنه المذهب على ما اصطلحناه، قال في «الفروع»: وينبني على هذا الخلاف حكم معاملته، وقبول صدقته وهبته، وإجابة دعوته).

[١] قال ابن نصر الله رَحِمَهُ اللَّهُ: إنما يتوجه حمل كلامه على الاستحباب في القليل، وأما في الكثير فالاستحباب تركه كله لا إخراج درهم منه، ولم يتعرض لما بين الثلاثة والثلاثين، فيطلب الحكم فيه.

[٢] قال ابن نصر الله رَحِمَهُ اللَّهُ: حصر التعرض في مقدارها لا في أعيانها للضرورة.

[٣] كتب في هامش (و): (أي: تحصيل عينها على المالك).

---

(١) قوله: (قال) سقط من (أ).

وعنه رواية أخرى: لا ضمان عليه؛ لأنَّ النُّقود لا يتعلَّق الغرض بأعيانها، بل بمقدارها، وربَّما كان خلطها مع ماله أحفظ لها.

وعلى هذه الرِّواية: فإذا تلف بعض المختلط بغير عدوان؛ جعل التَّالف كلَّه من ماله، وجعل الباقي من الوديعة، نصَّ عليه؛ لأنَّ هذه الأمانة الأصل بقاؤها ووجوب تسليمها، ولم يتيقَّن زوال ذلك، ولهذا قلنا: لو مات وعنده وديعة وجُهِل بقاؤها أنَّها تكون دينًا على التَّركة.

وتأوَّل القاضي وابن عقيل كلام أحمد رحمه الله في الضَّمان هنا: على أنَّ الخلط كان عدوانًا، وهذا يدلُّ على أنَّه لا ضمان عندهما إلا مع التَّعدي.

ولو(١) اختلطت الوديعة بغير فعله، ثمَّ ضاع البعض؛ جعل من مال المودَع في ظاهر كلام أحمد، ذكره أبو البركات في «شرح الهداية».

وقد تقدَّم[١] أنَّ القاضي ذكر في «الخلاف»: أنَّهما يصيران شريكين، قال أبو البركات: ولا يبعد على هذا أن يكون الهالك منهما.

وذكر القاضي أيضًا(٢) في بعض «تعاليقه»: فيمن معه دينار أمانة لغيره، فسقط منه مع دينار له في رحًى، فدارت عليهما(٣) حتى نقصا،

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في مسألة ما إذا اختلط زيته بزيت غيره على وجه لا يتميز).

(١) في (ب): وإن.
(٢) قوله: (أيضًا) سقط من (ب).
(٣) في (ب): تدارت عليه.

وكان نَقْصُ أحدهما أكثرَ من نقص[(١)] الآخر، ولم يَدْرِ أيَّهما له؛ أنَّه يحتاط، فيدفع إلى صاحب الأمانة ما يغلب على ظنِّه أنَّه قدر حقِّه، فإن[(٢)] ادَّعى أنَّ الثَّقيل له؛ فالقول قوله في الظَّاهر؛ لأنَّ يده عليه.

(١) قوله: (نقص) سقط من (ب).
(٢) في (أ): وإن.

قاعدة [٢٣]

من حَرُمَ عليه الامتناع من بذل شيء سُئله فامتنع؛ هل يسقط إذنه بالكليَّة، أو يعتبر ويجبره الحاكم عليه؟

هذا نوعان:

أحدهما: أن يكون المطلوب منه إذنًا مجرَّدًا[١]، ويندرج تحته صور:

منها: وضع الخشب على جدار جاره إذا لم يضرَّ به، وقد نصَّ أحمد على عدم اعتبار إذنه في ذلك(١).

وفي «التَّلخيص»: أنَّه يجبر عليه إن أباه.

ومنها: حج الزَّوجة الفرض، ونص أحمد في رواية صالح: على أنَّها لا تحج إلَّا بإذنه، وأنَّه ليس له منعها(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لا غيره بخلاف النوع الثاني؛ فإن المطلوب منه أولًا غير الإذن، فإن امتنع من المطلوب منه؛ فهل يسقط إذنه بالكلية، أو يعتبر إذنه فيه؟)

---

(١) جاء في مسائل أبي داود (ص ٢٨٥) ما نصه: (سمعت أحمد سئل عن الرجل يريد أن يضع خشبة على حائط جاره فيمنعه؟ قال: لو احتكم إلي لحكمت عليه أن يضعه، إذا كان حائطه وثيقًا لا يخاف عليه).

(٢) لم نقف عليه في مسائل صالح، وقد نقلها القاضي في التعليقة (٢/ ١٨٥)، قال: =

فعلى هذا[١]، يجبر على الإذن لها.

ونقل ابن أبي موسى عن أحمد: أنَّ استئذانها له مستحبٌّ[٢] ليس بواجب(١).

ومنها: إذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد؛ فهل يتوقَّف على إذن السَّيِّد؟ حكى الأصحاب فيه روايتين:

إحداهما: لا تجب على العبد حتَّى يأذن له السَّيِّد.

والثَّانية: تجب بدون إذنه، ويستحبُّ له[٣] استئذانه، فإن أذن له، وإلَّا خالفه وذهب.

ومنها: أخذُ فاضل الكلأ والماء من أرضه؛ هل يقف جواز الدُّخول إلى الأرض على إذنه، ويجبر عليه إن أباه(٢)، أم يجوز بدونه؟ على وجهين[٤].

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: على أنها لا تحج إلا بإذنه، والمذهب: أن لها أن تحج بغير إذنه).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أصحهما: لا يجوز بدون إذنه إن كان محوطًا، =

= نص عليه في رواية صالح: في امرأة تريد الحج الفرض مع ابنها: فليس لزوجها أن يمنعها، ولا تخرج إلا بإذنه.

(١) قال في الإرشاد (ص١٦٤): وقال أحمد رضي الله عنه: أستحب لها أن تستأذنه، فإن كان غائبًا أن تكتب إليه، فإن أذن خرجت، وليس ينبغي أن يمنعها من أداء الفرض.

(٢) قوله: (ويجبر عليه إن أباه) سقط من (أ) و(ج) و(ن).

ونصُّ أحمد على جواز الرَّعي في الأرض المغصوبة؛ يدلُّ على عدم اعتبار الإذن في ذلك(١).

ومن الأصحاب من قال: الخلاف في غير المحوط، فأمَّا المحوط؛ فلا يجوز دخوله بغير إذن بغير خلاف.

قال(٢): ومتى تعذَّر الاستئذان؛ لغيبة المالك أو غيرها، أو استؤذن فلم يأذن؛ سقط إذنه كما في الوليِّ في النِّكاح[١].

ونقل مثنَّى الأنباري عن أحمد ما يشعر بالفرق بين الدُّخول للماء والكلأ، بتعُّين(٣) الاستئذان للدُّخول للكلأ دون الماء.

ومنها: بذل الضِّيافة الواجبة إذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله، ولا

= وإن لم يكن محوطًا جاز بلا ضرر).

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: وتنتقل الولاية لمن بعده كما هو معلوم في موضعه، فيصير بامتناعه أو غيبته كالمعدوم).

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٥/ ١٩١): قال أحمد: لا بأس برعي الكلأ في الأرض المغصوبة؛ وذلك لأن الكلأ لا يملك بملك الأرض.
وجاء في مسائل إسحاق بن منصور الكوسج التصريح بذلك (٩/ ٤٧٠٥): قلت لأحمد بن حنبل: أرض غصبها رجل من آخر يُرْعَى كلؤها؟ قال: نعم، إذا لم يُحَطْ عليها؛ لأنه ليس لأحد أن يمنع الكلأ، لا للغاصب، ولا لصاحبها الأول المغصوب.

(٢) قوله: (قال) سقط من (ب).

(٣) في (ب) و(ج): فيتعين.

يعتبر إذنه في أصحِّ الرِّوايتين، نقلها علي بن سعيد(١) عن أحمد.

ونقل عنه حنبل: لا يأخذ إلَّا بعلمهم، ويطالبهم بقدر حقه.

ومنها: نفقة الزَّوجة الواجبة.

ومنها: الطَّعام الَّذي يضطر إليه غيره؛ فإنه يلزم(٢) بذله له[١] بقيمته، فإن أبى؛ فللمضطِّر أخذُه قهرًا.

وإنَّما سقط اعتبار الإذن في هذه الصُّور؛ لأنَّ اعتباره يؤدِّي إلى مشقَّة وحرج، وربَّما أفضى إلى فوات الحق بالكليَّة.

النَّوع الثَّاني: أن يكون المطلوب منه تصرُّفًا بعقد أو فسخ أو غيرهما، ويندرج تحته صور:

منها: إذا طُلِب منه القسمةُ الَّتي تلزمه الإجابة إليها، والأصحاب يقولون: يجبر على ذلك، فإن كان المشترك مثليًّا وهو المكيل والموزون، وامتنع أحد الشَّريكين من الإذن في القسمة أو غاب؛ فهل يجوز للشَّريك الآخر أخذ قدر(٣) حقِّه منه بدون إذن الحاكم؟ على وجهين:

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بذل الضيافة، ونفقة الزوجة، والمضطر إلى طعام غيره).

---

(١) هو علي بن سعيد بن جرير النسوي، أبو الحسن، قال أبو بكر الخلال: كبير القدر، صاحب حديث، كان يناظر أبا عبد الله مناظرة شافية، روى عن أبي عبد الله جزأين مسائل. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٢٤.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): يلزمه.

(٣) قوله: (قدر) سقط من (أ) و(و).

أحدهما: الجواز، وهو قول أبي الخطاب.

والثَّاني: المنع[١]، وهو قول القاضي؛ لأنَّ القسمة مختلف في كونها بيعًا، وإذن الحاكم يرفع النِّزاع.

ومنها: إذا امتنع من بيع الرَّهن؛ فإن الحاكم يجبره عليه ويحبسه، فإن أصرَّ؛ باع عليه.

ومن الأصحاب من يقول: الحاكم مخيَّر؛ إن شاء أجبره على البيع، وإن شاء باع عليه، وهو المجزوم به في «المغني».

ومنها: إذا امتنع من الإنفاق على بهائمه؛ فإنَّه يجبر على ذلك أو البيع(١)، كذا أطلقه كثير من الأصحاب.

وقال ابن الزَّاغونيِّ: إن أبى؛ باع الحاكم عليه[٢].

ومنها: المولي إذا وُقف ثمَّ امتنع من الفيئة؛ فإنَّه يؤمر بالطَّلاق، فإن طلَّق فذاك، وإلَّا ففيه روايتان:

إحداهما(٢): يجبر على الطَّلاق بالحبس والتَّضييق.

والثَّانية[٣]: يطلِّق الحاكم عليه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (المذهب: أنه إذا امتنع كان للحاكم فعل الأصلح؛ من بيع، أو إجارة، أو ذبح، أو إقراض عليه).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهي المذهب).

---

(١) قوله: (أو البيع): سقط من (أ) و(د) و(هـ).

(٢) في (أ): أحدهما.

ومنها: العنِّين إذا انقضت مدَّته وتحقَّق عجزه، وأبى أن يفارق امرأته؛ فرَّق الحاكم بينهما.

ومنها: إذا مثَّل بعبده، قال أحمد في رواية الميمونيِّ[(١)]: يُعتقه السُّلطان عليه.

وظاهر هذا: أنَّه لا يَعتق بمجرد التَّمثيل، ولكن يُعتقه السُّلطان عليه بغير اختياره؛ لأنَّ عتقه صار متحتِّمًا لا محالة؛ كما فعل عمر رضي الله عنه[(٢)]، بخلاف طلاق المولي؛ فإنَّه لو فاء لم يطالب بالطَّلاق كما هو المشهور عند الأصحاب[(٣)].

---

(١) هو عبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميموني الرقي، أبو الحسن، كان أحمد يكرمه، قال: صحبت أبا عبد الله على الملازمة من سنة خمس ومائتين إلى سنة سبع وعشرين، وكنت بعد ذلك أخرج وأقدم عليه الوقت بعد الوقت، وعنده عن أبي عبد الله مسائل في ستة عشر جزءًا. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢١٢.

(٢) أخرج الحاكم (٢٨٥٦)، والبيهقي (١٥٩٤٨) وغيرهما، عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: جاءت جارية إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: إن سيدي اتهمني فأقعدني على النار حتى احترق فرجي، فقال لها عمر رضي الله عنه: «هل رأى ذلك عليك؟» قالت: لا، قال: «فهل اعترفت له بشيء؟» قالت: لا، فقال عمر رضي الله عنه: «علي به»، فلما رأى عمر الرجل قال: «أتعذب بعذاب الله؟» قال: يا أمير المؤمنين اتهمتها في نفسها، قال: «رأيت ذلك عليها؟» قال الرجل: لا، قال: «فاعترفت لك به؟» فقال: لا، قال: والذي نفسي بيده، لو لم أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يقاد مملوك من مالكه، ولا ولد من والده لأقدتها منك»، فبرزه وضربه مائة سوط، وقال للجارية: «اذهبي فأنت حرة لوجه الله، وأنت مولاة الله ورسوله». قال الليث: وهذا القول معمول به.

(٣) قوله: (كما هو المشهور عند الأصحاب) سقط من (أ) و(د) و(هـ) و(ن).

ويحتمل أن يكون مراده: أنَّ السُّلطان يحكم عليه بوقوع العتق[١]، كما هو المعروف في المذهب(١)، وفيه بُعد[٢].

ومنها: الموصى بعتقه إذا امتنع الوارث من إعتاقه؛ أعتقه السُّلطان عليه.

ومنها: إذا اشترى عبدًا بشرط العتق - وقلنا: يصحُّ على الصَّحيح -، فأبى أن يُعتقه؛ ففيه وجهان - وقيل روايتان -:

إحداهما - ونصَّ عليها أحمد في رواية الأثرم -: أنَّ للبائع الفسخ؛ بناء على أنَّه حق له(٢).

والثَّاني[٣]: أنه يجبر المشتري على عتقه؛ بناء على أنه حقٌّ لله تعالى.

فعلى هذا: لو(٣) امتنع وأصرَّ؛ توجَّه[٤] أن يُعتقه الحاكم عليه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: إذا امتنع؛ حتى تكون المسألة من فروع القاعدة).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: في احتمال أن يكون ذلك مرادًا من النص، وأما كونه يَعتق عليه بمجرد التمثيل به فهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) قوله: (كما هو المعروف في المذهب) سقط من (ب) و(ج).

(٢) جاء في الفروع (٦/ ١٩٢): نقل الأثرم: إن أبى عتقه فله أن يسترده.

(٣) في (ب) و(د) و(ج) و(هـ): إن.

ومنها: الحوالة على المليء؛ هل يعتبر(١) لبراءة المحيل رضا المحال(٢)، فإن أبى أجبره الحاكم عليه؛ لأنَّ احتياله على المليء واجب عندنا، أو يبرأ بمجرَّد الحوالة؟

فيه عن أحمد روايتان[١] حكاهما القاضي في «خلافه» وطائفة من الأصحاب.

ومبناهما: على أنَّ الحوالة هل هي نقل للحقِّ أو تقبيض؟

فإن كانت نقلًا[٢]؛ لم يعتبر لها قبول.

وإن كانت تقبيضًا؛ فلا بدَّ من القبض بالقول، وهو قبولها؛ فيجبر المحتال عليه.

ومنها: الوليُّ في النكاح إذا امتنع من التَّزويج؛ فهل يسقط حقُّه وينتقل إلى غيره ممَّن هو أبعد منه، أوْ لا فيقوم الحاكم مقامه؟ على روايتين[٣].

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع، وأبى أن يختار منهنَّ؛ أجبره الحاكم على الاختيار، وعزَّره مرَّة بعد أخرى حتَّى يختار، ولم يختر

[١] كتب على هامش (ن): (المذهب: أنه يبرأ بمجرد الحوالة).

[٢] كتب على هامش (ن): (المذهب: أنها نقل للحق).

[٣] كتب على هامش (ن): (أصحهما: أنه ينتقل إلى الأبعد).

(١) في (ب) و(د): تعتبر.

(٢) في (ب) و(و): المحتال.

له؛ إذ الاختيار موكول إلى شهوته وغرضه لا غير[١].

ومنها: الكتابة إذا أوجبناها بسؤال العبد، فأبى السَّيِّد؛ أجبره الحاكم عليها.

ومنها: إذا أتاه الغريم بدينه الَّذي يجب عليه قبضه، فأبى أن يقبضه؛ ففي «المغني»: يقبضه الحاكم، وتبرأ(١) ذمَّة الغريم؛ لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته.

ولو أتاه الكفيل بالغريم، فأبى أن يتسلَّمه؛ فقال في «المغني»: يشهد على امتناعه، ويبرأ لوجود الإحضار.

وذكر عن القاضي: أنَّه يرفعه إلى الحاكم أوَّلًا؛ ليسلِّمه إليه، فإن تعذَّر؛ أشهد على امتناعه(٢)[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (هذه المسألة عكس مسألة العنين، وكلٌّ منهما على قول واحد).

[٢] كتب على هامش (ن): (ومن هذه القاعدة: ما يشترط قبضه من المبيع لانتقال ضمانه إذا بذله البائع للمشتري فلم يقبضه، لم أقف فيها على نقل، ويشبه مسألة الكفيل).

---

(١) في (ب): يبرأ.

(٢) ينظر: المغني ٤/٤١٧.

قاعدة [٢٤]

من تعلَّق بماله حقٌّ واجب عليه، فبادر إلى نقل الملك عنه؛ صحَّ[١].

ثمَّ إن كان الحقُّ متعلِّقًا بالمال نفسه؛ لم يسقط[٢].

وإن كان متعلِّقًا بمالكه لمعنًى زال بانتقاله عنه؛ سقط.

وإن كان لا يزول بانتقاله؛ لم يسقط على الأصحِّ.

ويدخل تحت ذلك صور:

منها: لو بادر الغالُّ قبل إحراق رحله وباعه؛ ففيه وجهان حكاهما في «المغني»[٣]:

---

[١] كتب على هامش (ن): (لم يحك في الصحة خلافًا، وسيأتي الخلاف فيها).

[٢] كتب على هامش (ن): (جزم هنا بعدم السقوط، وحكى الخلاف في مال الغالِّ، مع أن الصحيح فيه: السقوط بالانتقال).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: في سقوط التحريق، لا في صحة البيع، وعبارة الشيخ في «المغني»: وإن باع متاعه أو وهبه؛ احتمل: أن لا يُحرَّق، واحتمل: أن ينقض البيع والهبة ويُحرَّق).

أحدهما: يصحُّ؛ لأنَّ ملكه باقٍ لم يزُل، ويسقط التَّحريق[١]؛ لانتقاله عنه؛ فهو كما لو مات وانتقل إلى وارثه.

والثَّاني: يُفسخ البيع ويحرَّق؛ لأنَّ حقَّ التَّحريق أسبق، وقد تعلَّق بهذا المال عقوبة لمالكه على جريمته السَّابقة.

ومنها: لو باع المشتري الشِّقصَ المشفوع قبل المطالبة بالشُّفعة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ البيع باطل؛ لأنَّ ملكه غير تامٍّ، وهو ظاهر كلام أبي بكر في «التنبيه».

والثَّاني: أنَّ البيع صحيح، وهو قول الخرقيِّ، والمشهور في المذهب؛ لأنَّ أخذ الشَّفيع من المشتري الثَّاني ممكن، فإن اختار ذلك فعل، وإلا فُسخ البيع الثَّاني وأُخذ من الأوَّل؛ لسبق حقه عليه.

ومنها: لو أُمِر الذِّميُّ بهدم بنيانه(١) العالي، فبادر وباع من مسلم؛ صحَّ، وسقط الهدم؛ لزوال علَّته؛ فإنَّه لم يجب الهدم إلَّا لإزالة ضرر استدامة تعلية الذِّمي، لا عقوبة للتَّعلية الماضية، وقد زال الضَّرر بانتقاله إلى المسلم؛ فهو كما لو بادر المالك وأسلم؛ فإنَّ الهدم يسقط بلا تردُّد.

هذه المسألة متفرِّعة على ما تعلَّق بالمالك لمعنًى زال بانتقاله عنه،

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) في (ب) و(د) و(ج) و(هـ): بنائه.

ولهذا لم نذكر فيه خلافًا، وما قبلها مما لا يزول بانتقاله(١).

ومنها: لو مال جداره إلى ملك جاره، فطولب بهدمه، فباع داره؛ صحَّ، وهل يسقط الضَّمان عنه بالسُّقوط بعد ذلك[١] على رواية التَّضمين أم لا؟

قال القاضي: يسقط؛ لأنَّ الوقوع في غير ملكه.

وقال ابن عقيل: إن قصد ببيعه الفِرار من المطالبة بهدمه؛ لم يسقط الضَّمان[٢]؛ لانعقاد سببه في ملكه، كما لو باع سهمًا بعد خروجه من كبد القوس[٣]؛ فإنَّ عليه ضمان ما يتلفه، قال: وكذا لو باع فخًّا أو

[١] كتب في هامش (ن): (أي: بسقوط الجدار بعد البيع).

[٢] كتب على هامش (ن): (مفهومه: أنه إن لم يقصد ببيعه الفرار سقط الضمان، وبيع السهم بعد خروجه من كبد القوس لا يختلف حكمه مِن أنْ يقصد الفرار مما يتلفه أو لا).

[٣] كتب على هامش (ن): (التنظير إنما هو في انعقاد سبب الضمان في ملكه، لا في قصد الفرار منه ببيعه؛ لأن مسألة السهم لا فرق فيها بين قصد الفرار وعدمه).

وكتب في هامش (و): (وجه التَّنظير بما لو باع سهمًا: انعقاد سبب الضَّمان في ملكه، لا أنَّه مثلها في قصد الفرار بالبيع وعدمه؛ إذ لا فائدة في ذلك في المسألة المنظَّر بها).

(١) من قوله: (هذه المسألة متفرِّعة على...) إلى هنا زيادة من (ب)، ذكرها في (ن) في الهامش.

شبكة منصوبتين، فوقع فيهما صيد في الحرم أو مملوك للغير؛ لم يسقط عنه ضمانه.

والظَّاهر: أنَّ القاضي لا يخالف في هذه الصُّور؛ فإنَّه قال فيما إذا أخرج جناحًا أو ميزابًا إلى الطَّريق، ثمَّ باع ملكه بعد المطالبة بإزالته، ثمَّ سقط؛ فعليه الضَّمان؛ لأنَّ خروجه إلى غير ملكه حصل بفعله، بخلاف ميل الحائط؛ فإنَّه لا فعل له فيه، وإنَّما تلزمه(١) إزالته على وجه ممكن، ولا يمكنه نقضه بعد زوال ملكه عنه.

ومنها: لو اشترى عبدًا بشرط العتق، ثمَّ باعه بهذا الشَّرط؛ فهل يصحُّ أم لا؟

على وجهين حكاهما الأَزَجيُّ في «نهايته»(٢)، وصحَّح عدم الصِّحَّة؛ لأنَّه يتسلسل، ولأنَّ تعلُّق حق العتق الواجب عليه يمنع الصِّحَّة، كما لو نذر عتق عبد؛ فإنَّه لا يصح بيعه[١].

وعندي: أنَّ هذا الخلاف مترتب على أنَّ الحقَّ هل هو لله ويجبر

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب، إلا أن ابن نصر الله قيده بنذر التبرر).

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): يلزمه.

(٢) هو يحيى بن يحيى الأزجي الفقيه، ولا يعرف عنه أكثر من ذلك، قال ابن رجب: (وقد ذكر في كتابه: أنه قرأ بنفسه على ابن كليب الحراني، ولم أعلم له ترجمة، ولا وجدته مذكورًا في تاريخ، ويغلب على ظني: أنه توفي بعد الستمائة بقليل)، وله من المصنفات: نهاية المطلب في علم المذهب، ولا يعرف له غيره. ينظر: ذيل الطبقات ٣/ ٢٤٨.

عليه إن أباه، أو للبائع؟

فعلى الأوَّل: هو كالمنذور عتقه.

وعلى الثَّاني: يسقط الفسخ لزوال الملك، وللبائع الرُّجوع بالأرش، فإنَّ هذا الشَّرط ينقص به الثَّمن عادة.

ويحتمل أن يثبت له الفسخ؛ لسبق حقه[١].

ومنها: لو باع العبدَ الجانيَ؛ لزمه افتداؤه، فإن كان معسرًا؛ فسخ البيع؛ تقديمًا لحقِّ المجني عليه لسبقه.

ومنها: لو باع الوارث التَّركة مع استغراقها بالدَّين ملتزمًا لضمانه، ثمَّ عجَز عن وفائه؛ فإنَّه يفسخ البيع.

ومنها: لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب، ثمَّ أعسر[٢]؛ فهل يفسخ في قدر الزكاة أم لا؟ فيه وجهان مرتَّبان على أنَّ الزَّكاة هل كانت متعلِّقة بعين المال أو بذمَّة ربِّه؟

فإن قيل: بعين المال[٣]؛ فسخ البيع[٤] لاستيفائها منه، وإلَّا فلا[٥].

---

[١] كتب على هامش (ن): (ولأن الحق هنا يتعلق بالمال نفسه).

[٢] كتب على هامش (ن): (ليس الإعسار شرطًا في ذلك، بل لو تعذر عليه الإخراج من غير النصاب بأي وجه كان؛ فُسخ منه بقدر الزكاة على الصحيح، ويكون حينئذ للمشتري الخيار).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: في قدر الزكاة).

[٥] كتب على هامش (ن): (وسيأتي لهذه المسألة مزيد بيان في الفوائد).

قاعدة [٢٥]

من ثبت له ملك عين ببيِّنة أو بإقرار(١)[١]؛ فهل يتبعها ما يتَّصل بها أو يتولَّد(٢) منها أم لا؟

في المسألة خلاف، ولها صور:

منها: إن ثبت(٣) له ملك أمة في يد غيره ومعها ولدٌ لها؛ فهل يتبعها في الملك إذا ادَّعاه؟ على وجهين:

أحدهما: لا[٢]، وهو الَّذي ذكره القاضي؛ لأنَّه لا يتبعها في بيع ولا غيره، ويجوز أن تكون ولدته قبل ملكه لها.

والثَّاني - وإليه ميل ابن عقيل -: أنَّه يتبعها؛ لأنَّه من أجزائها، وقد

---

[١] كتب على هامش (ن): (هل لتخصيص ثبوت الملك هنا ببينة أو إقرار مفهوم، بحيث لو ثبت الملك بعقد مثلًا لم يكن الحكم كذلك، أو لا، وهو الظاهر؛ لقوله في المسألة من فروع هذه القاعدة: "لأنه لا يتبعها في بيع ولا غيره"، فسوَّى بينهما).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): إقرار.
(٢) في (ب) و(ج): متولِّد.
(٣) في (ب) و(هـ) و(ن): يثبت.

ثبت سبق اليد الحكميَّة لليد المشاهدة؛ فتكون(١) مرجَّحة عليها.

ويشبه هذه المسألة: ما إذا ادَّعى أمة في يد غيره أنَّها أمُّ ولده، وأنَّ ولدها منه حرٌّ، وأقام بذلك شاهدًا وحلف معه، أو رجلًا وامرأتين؛ ثبت ملكه عليها، وثبت استيلادها بإقراره.

وفي الولد روايتان حكاهما أبو الخطَّاب:

إحداهما: يثبت نسبه وحريته؛ لكونه من نمائها؛ فيتبعها، ويكون ثبوت ذلك بالإقرار لا بالبيِّنة.

والثَّانية[١]: لا يثبت النَّسب ولا الحريَّة؛ لأنَّهما لا يثبتان بهذه الشَّهادة.

وفيه وجه: يثبت النَّسب دون الحريَّة، ويبقى الولد(٢) على ملك من كانت بيده؛ بناءً على صحَّة استلحاق نسب العبد؛ كما جزم به صاحب «التَّلخيص».

ومنها: لو ثبت له ملك أرض في يد غيره ببينة أو إقرار، وفيها شجر قائم؛ فهل يتبعها أم لا؟

يحتمل أن يخرَّج على وجهين[٢]؛ بناءً على أنَّ الشَّجر هل يتبع في

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهي المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (المذهب: يتبعها).

---

(١) في (أ) و(د): فيكون.
(٢) قوله: (الولد) سقط من (أ) و(و).

البيع أم لا[١]؟

وأفتى الشَّيخ تقيُّ الدِّين رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ ما كان متَّصلًا بالأرض من الشَّجر؛ فَيَدُ أهل الأرض ثابتة عليه، ما لم تأتِ حجَّة تدفع موجَبَ اليد؛ مثل أن يكون الغارس قد عرف أنَّه غرسه بماله.

وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل في الرَّهن فيما إذا(١) اختلف المتراهنان في رهنيَّة الشَّجر في الأرض المرهونة: أنَّ القول قول المالك؛ لأنَّ الاختلاف هنا في عقد، واليد لا تدلُّ عليه، بخلاف ما لو كان الاختلاف في ملك.

وصرَّح صاحب «التَّلخيص»: بأنَّ ما في دار الإنسان يكون في يده؛ ولو كان منفصلًا منقولًا.

ويحتمل تخريج ذلك على الرِّوايتين في ملك المباحات الحاصلة في أرضه بمجرَّد حصولها في الأرض؛ نظرًا إلى أنَّ الأرض هل هي كاليد أم لا[٢]؟

فأمَّا(٢) إن قامت البيِّنة أنَّ هذه الشَّجرة له وعليها ثمر؛ فقال ابن عقيل: يحكم له به، حتَّى لو كان الثَّمر في يد رجل وثبت سبق ملك الشَّجرة لغيره؛ حكم له بالثَّمرة؛ لثبوت سبق ملكه على أخذ غيره للثَّمر.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: وفيه وجهان، قدم في «المحرر»: الدخول).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (أ): إذا ما.

(٢) في (أ) و(ج): وأمَّا.

ويتخرَّج فيه وجه آخر: كالولد، وبه جزم ابن عقيل في كتاب «القضاء».

ومنها: لو ثبت أن هذا العبد ملك له، وهو في يد غيره وعلى العبد ثياب؛ فادَّعاها مَن العبدُ في يده؛ فقال صاحب «الكافي» و«الترغيب»: هي له؛ لأنَّ يده عليها، وهي منفصلة عن العبد.

ويحتمل وجهين آخرين:

أحدهما: أنَّ ما يتبع العبد من الثياب في البيع يتبعه ههنا، وما لا فلا.

والثَّاني: إن تطاولت مدَّة هذه اليد، بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة؛ فالقول قول من هو في يده، وإلَّا فلا[١]؛ إلحاقًا لها بالعيب المتنازع في حدوثه عند البائع أو المشتري إذا لم يحتمل الحال إلَّا قول أحدهما وحده.

ومنها: لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدَّار المستأجرة؛ فذكر الأصحاب: أنَّ ما يتبع في البيع فهو للمؤْجِر، وما لا يتبع: إن كانت جرت به العادة في المنازل؛ ففيه خلاف، والمنصوص: أنَّه للمؤْجِر أيضًا.

وكذلك الوجهان لو تنازع المؤْجِر والمستأجر في كنز مدفون في الأرض.

---

[١] قال ابن نصر الله ﷺ: يتوجه أن يقال: وإلا فله منها ما لا يتبعه في البيع، وما يتبعه لمن ثبت له ملكه خاصة، ويكون محل الخلاف عند عدم بقاء المدة فيما لا يتبع في البيع خاصة.

وهل الحكم مختصٌّ بحالة بقاء يد المستأجر أم لا؟

صرَّح في «التلخيص» في مسألة الكنز: بأنَّ الخلاف في صورة بقاء الإجارة وانقضائها[١].

ويشهد له: مسألة المال المدفون إذا ادَّعاه من كانت الأرض له ووصفه؛ أنَّه يُقبَل منه.

وكذلك حكم اختلاف الزَّوجين في متاع البيت جارٍ مع بقاء الزَّوجيَّة وزوالها في أحد الطَّريقين(١) للأصحاب[٢].

ومنها: لو أقرَّ له بمظروف في ظرف؛ كتمر في جِراب، أو سيف في قِراب، أو فَصٍّ في خاتم، أو رأسٍ وأكارع في شاة، أو نَوًى في تمر؛ ففيه وجهان:

أشهرهما: يكون مقرًّا بالمظروف دون ظرفه، وهو قول ابن حامد والقاضي وأصحابه[٣]؛ لأنَّ الظَّرف غير مقَرٍّ به، وإنَّما هو موصوف به؛ فهو كقوله: دابَّة في إصطبل.

---

[١] قال ابن نصر الله ﷺ: قد يفرق بين مسألة الكنز ومسألة متاع المستأجر؛ لأن الكنز يقصد بقاؤه في مكانه، ومتاع المستأجر لم تجر العادة بتركه في الدار بعد انتقاله منها.

[٢] قال ابن نصر الله ﷺ: وهي طريقه «المحرر» و«المقنع» وغيرهما، حيث سوَّوا بين تنازع الزوجين وبين تنازع ورثتهما.

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (ب): الطَّريقتين.

والوجه الثَّاني: هو مقرٌّ بهما، وإلَّا لم يكن ثَمَّ(١) فائدة لذِكْر الظَّرف.

وفرَّق بعض المتأخِّرين بين ما يتَّصل بظرفه عادة[١] أو خلقة[٢]، فيكون إقرارًا به، دون ما هو منفصل عنه عادة[٣].

ويحتمل التَّفريق بين أن يكون الثَّاني تابعًا للأوَّل، فيكون إقرارًا به؛ كتمر في جراب أو سيف في قراب، وبين أن يكون متبوعًا فلا يكون إقرارًا به؛ كنوًى في تمر، ورأس في شاة.

وأمَّا إن قال: خاتم فيه فَصٌّ، وجراب فيه تمر، وقراب فيه سيف؛ فقيل: هو على الوجهين مطلقًا[٤].

وقيل في قوله: خاتم فيه فَصٌّ: إنَّه إقرار بهما جميعًا بغير خلاف؛ لأنَّ إطلاقَ الخاتم يدخل فيه الفصُّ، فإذا وصفه بالفصِّ، تُيُقِّن دخوله فيه، ولم يجز إخراجه منه(٢)؛ كقوله: نعل لهما شراك، أو شاة عليها

[١] كتب في هامش (ن): (كالفص في الخاتم).

[٢] كتب في هامش (ن): (كالنوى في التمر).

[٣] كتب على هامش (ن): (كدار فيها فرش، أو دابة عليها سرج، فلا يكون مقِرًا بالثاني).

[٤] كتب على هامش (ن): (المذهب منهما: أنه لا يكون مقِرًا بالثاني إلا في قوله: خاتم فيه فص، فيكون مقِرًا بهما؛ لأن الفص جزء منه).

(١) قوله: (ثم) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(و). وفي (ن): لم تكن.

(٢) قوله: (منه) سقط من (أ).

صوف أو في ضرعها لبن، ونحو ذلك.

وفي «التَّلخيص»: لو أقرَّ بخاتم ثمَّ جاء بخاتم فيه فصٌّ، وقال: ما أردت الفصَّ؛ احتمل وجهين؛ أظهرهما: دخوله؛ لشمول الاسم.

قال: ولو قال: له عندي جارية؛ هل(١) يدخل الجنين في الإقرار إذا كانت حاملًا؟ يحتمل وجهين[١].

[١] كتب على هامش (ن): (أصحهما: لا).

(١) في (ب) وباقي النسخ: (فهل).

قاعدة [٢٦]

من أتلف شيئًا لدفع أذاه له؛ لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به[١]؛ ضمنه.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: لو صال عليه حيوان آدميٌّ أو بهيم، فدفعه عن نفسه بالقتل؛ لم يضمنه.

ولو قتل حيوانًا لغيره في مخمصة ليُحييَ به نفسه؛ ضمنه.

ومنها: لو صال عليه صيد في إحرامه فقتله دفعًا عن نفسه؛ لم يضمنه على أصحِّ الوجهين.

ولو اضطرَّ فقتله في المخمصة ليُحيي به نفسه؛ ضمنه.

ومنها: لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ؛ فداه؛ لأنَّ الأذى من غير الشَّعر.

ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها، أو نزل الشَّعر[٢] على عينيه فأزاله؛ لم يفده.

---

[١] قال ابن نصر الله ﷺ: أي: لدفع أذى نفسه به، والأول لدفع أذى الشيء الحاصل له التلف منه.

[٢] قال ابن نصر الله ﷺ: أي: شعر حاجبيه.

ومنها: لو أشرفت السَّفينة على الغرق[١] فألقى متاع غيره[٢] ليخفِّفها؛ ضمنه.

ولو سقط عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه، فدفعه فوقع في الماء؛ لم يضمنه.

ومنها: لو وقعت بيضة نعامة من شجرة في الحرم على عين إنسان، فدفعها فانكسرت؛ فلا ضمان عليه.

بخلاف ما لو احتاج إلى أكلها؛ لمخمصة.

ومنها: لو قلع شوك الحرم لم يضمنه لأذاه.

ولو احتاج إلى إيقاد غصن شجرة؛ ضمنه، ذكره أبو الخطَّاب وغيره.

وخالف صاحب «المغني» في جواز قطع الشَّوك؛ للنصِّ الوارد فيه(١).

---

[١] كتب على هامش (ن): (ويجب إلقاء ما فيها؛ خوف تلف الركاب بالغرق).

[٢] كتب على هامش (ن): (أما لو ألقى بعض من فيها متاعًا لنفسه في البحر لتخف؛ لم يرجع به على أحد، سواء نوى الرجوع أو لا، ولو قال بعض أهل السفينة لبعض: ألق متاعك، فألقاه؛ فلا ضمان على الآمر، وإن قال: ألقه وأنا ضامنه؛ ضمن جميعه، وإن قال: أنا وركبان السفينة ضامنون وأطلق؛ ضمن وحده الحصة على الصحيح، وقال أبو بكر: يضمنه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم).

---

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري (١٥٨٧) ومسلم (١٣٥٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إن هذا البلد حرمه الله لا يعضد شوكه، ولا ينفَّر صيده، ولا يلتقط لقطته إلا من عرَّفها».

قاعدة [٢٧]

من أتلف نفسًا أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه؛ فلا ضمان عليه، وإن كان النَّفع يعود إلى غيره؛ فعليه الضَّمان.

فمن ذلك: الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفًا على أنفسهما؛ فلا فدية عليهما.

وإن أفطرتا خوفًا على ولديهما؛ فعليهما[١] الفدية في المشهور عند الأصحاب.

ومنه: لو نجَّى غريقًا في رمضان، فدخل الماء إلى حلقه - وقلنا: يفطر[٢] -؛ فعليه الفدية، وإن حصل له بسبب إنقاذه ضعف في نفسه فأفطر؛ فلا فدية عليه؛ كالمريض في قياس المسألة الَّتي قبلها، أفتى بذلك ابن الزَّاغونيِّ(١).

وفي «التَّلخيص» - بعد أن ذكر الفدية على الحامل والمرضع للخوف على جنينيهما -: وهل يلحق بذلك من افتقر إلى الإفطار لإنقاذ

[١] كتب على هامش (ن): (وهي على من يمونه).

[٢] كتب على هامش (ن): (المذهب: أنه لا يفطر).

(١) قوله: (أفتى بذلك ابن الزَّاغونيِّ) سقط من (ج) و (د) و(ن)، وضُرب عليها في (أ).

غيره؟ يحتمل وجهين.

ومنه: لو دفع صائلًا عليه بالقتل؛ لم يضمنه.

ولو دفعه عن غيره بالقتل؛ ضمنه، ذكره القاضي.

وفي «الفتاوى الرَّحبِيَّات»(١) عن ابن عقيل وابن الزَّاغونيِّ: لا ضمان عليه أيضًا.

ومنه: لو أكره على الحلف بيمينٍ لحقِّ نفسه، فحلف دفعًا للظُّلم عنه؛ لم تنعقد يمينه.

ولو أُكره على الحلف لدفع الظُّلم عن غيره فحلف؛ انعقدت يمينه، ذكره القاضي في «شرح المذهب».

وفي «الفتاوى الرَّحبيَّات» عن أبي الخطاب: لا تنعقد أيضًا، وهو الأظهر[١].

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) الفتاوى الرحبيات: نسبة إلى بلدة الرحبة التي وردت منها الأسئلة، وتقع بين الرقَّة وبغداد، ذكرها ابن رجب في ذيل الطبقات (١/ ٢٨٥)، فقال: (ووقفت على فتاوى أرسلت إلى أبي الخطاب ﷺ من الرحبة، فأفتى فيها في الشهر الذي توفي فيه في جمادى الآخرة سنة عشر وخمسمائة، وأفتى فيها ابن عقيل وابن الزاغوني أيضًا).

قاعدة [٢٨]

إذا حصل التَّلف من فعلين، أحدهما مأذون فيه، والآخر غير مأذون فيه؛ وجب الضَّمان كاملًا على الصَّحيح.

وإن كان من فعلين غير مأذون فيهما؛ فالضَّمان(١) بينهما نصفين، حتَّى لو كان أحدهما من فعل من لا يجب الضَّمان عليه[١]؛ لم يجب(٢) على الآخر أكثر من النَّصف.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: إذا زاد الإمام سوطًا في الحدِّ، فمات المحدود؛ فحكى أبو بكر في المسألة قولين:

أحدهما: يجب كمال الدِّية.

والثَّاني: يجب نصفها.

والأوَّل هو المشهور[٢]، وعليه القاضي وأصحابه؛ لأنَّ المأذون فيه

---

[١] كتب في هامش (و): (يعني وهو غير مأذون له في فعله).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (أ): والضَّمان.

(٢) في (ب): تجب.

لا أثر له في الضَّمان، وإنَّما الجناية ما زاد عليه؛ فأسند الضَّمان إليها.

ومنها: لو اقتَصَّ من الجاني، ثمَّ جرحه هو أو غيره عدوانًا[١]؛ وجب كمال الدِّية.

وفيه وجه آخر: أنَّه يجب نصفها[٢].

ومنها: لو رمى صيدًا فأثبته ولم يُوحِه، ثمَّ رماه آخر رمية غير مُوحِيَةٍ ومات من الجرحين؛ وجب ضمان الصَّيد كلِّه مجروحًا بالجرح الأوَّل على الثَّاني[٣] على المشهور من المذهب.

لكن من الأصحاب من يعلِّله: بأنَّ رمي الثَّاني انفرد بالعدوان[٤]؛ فاستقلَّ بالضَّمان.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فسرى الجرح إلى نفسه).

[٢] كتب على هامش (ن): (ومن فروع هذه القاعدة: لو حفر بئرًا، ووضع آخر حجرًا، وكانا متعديين، فعثر إنسان بالحجر فوقع في البئر فتلف؛ فالضمان عليهما على أحد القولين، والذي قدمه في «المحرر»: أن الضمان على واضع الحجر، ولو كان أحدهما محقًّا؛ فالضمان بكماله على الآخر.

ومن فروعها: لو قرَّب صبيًا من الهدف فقتله سهم؛ فالضمان على الذي قربه دون الرامي؛ لأن فعل الرامي مأذون فيه، وتقريبه الصبي من الهدف غير مأذون فيه).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: على الرامي الثاني للرامي الأول؛ لكون الأول ملكه بإثباته، فلم يكن للآخر رميه).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: فلم يكن مأذونًا فيه، بخلاف الأول، فإنه مأذون فيه).

ومنهم من يعلِّله: بأنَّ رميه كان سببًا للتَّحريم؛ فلذلك وجب عليه كمال الضَّمان.

ويتخرَّج على التعليل الأول وجه آخر(١): بأنَّه يضمنه بنصف القيمة ممَّا قبلها.

ومنها: لو استأجر دابَّة لمسافة معلومة فزاد عليها، أو لحملِ مقدارٍ معلوم فزاد عليه، فتلفت الدَّابَّة؛ فإنه يضمنها بكمال القيمة، نصَّ عليه في الصُّورة الأولى(٢).

وخرج الأصحاب وجهًا آخر: بضمان النِّصف من مسألة الحدِّ، وكذلك حكم ما إذا ركب الدَّابَّة مع المستأجر غيرُه فتلفت تحتهما.

ومنها: إذا اشترك مُحِلٌّ ومُحْرِمٌ في جرح صيد ومات من الجرحين؛ فإنَّه يلزم المحرمَ ضمانه كاملًا، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور ومهنَّى.

وقال القاضي في «المجرَّد»: مقتضى الفقه عندي: أنه يلزمه نصف الجزاء، وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في إتلاف النُّفوس والأموال.

---

(١) في (أ): ويتخرج وجه آخر.

(٢) جاء في مسائل إسحاق بن منصور الكوسج (٦/٢٩٠٨)، ما نصه: قلت: قال: سألت سفيان عن رجل تكارى حمارًا يومًا بدرهم، على أن لا يخرجه من الكوفة، فأخرجه؟ قال: يضمن. قال أحمد: جيد.

والفرق واضح؛ إذ(١) الإذن هناك[١] منتف، وههنا موجود.

نعم، إن قصد المحلُّ إعانةَ المحرم ومساعدته على قتل الصَّيد[٢] توجَّه ما ذكره القاضي؛ فإنَّه يكره له ذلك أو يحرم عليه، كما إذا باع من لا جمعة عليه ممَّن(٢) عليه الجمعة(٣) بعد النِّداء.

ومنها: لو اشترك في جرح آدميٍّ مقتصٌّ وغيره؛ فهل يجب على شريك المقتصِّ كمال الدِّية أو نصفها؟ على وجهين[٣].

ومنها: لو تزوَّج امرأة(٤) ثمَّ دفعها هو وأجنبيٌّ فأذهبا عذرتها، ثمَّ طلقها قبل الدُّخول؛ فنصَّ أحمد في رواية مهنَّى: على أنَّه يجب على

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في مشاركة من لا ضمان عليه الإذن منتف في كلٍّ من الفعلين، فيكون الضمان بينهما نصفين، ولو كان أحدهما لا ضمان عليه، بخلاف مسألة المحل والمحرم؛ فإن الإذن موجود في أحدهما دون الآخر).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: فينتفي الإذن في كل من الفعلين، وحينئذ فيكون الضمان بينهما نصفين).

[٣] كتب على هامش (ن): (الظاهر أن هذه المسألة هي المسألة السابقة: لو اقتص من الجاني ثم جرحه هو أو غيره عدوانًا).

---

(١) في (أ): إذا.

(٢) في (ب): لمن.

(٣) في (ب): جمعة.

(٤) في (ب): بامرأة.

الأجنبيِّ نصف العُقْر(١)، وهو أرش البكارة، وعلى الزَّوج نصف المهر فقط من غير أرش.

ووجه ذلك: أنَّ إذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه؛ فيسقط الضَّمان به، ولزم الأجنبيَّ نصف الأرش، وأمَّا الزَّوج؛ فأرش البكارة غير مضمون عليه، وإنَّما المضمون عليه المهر، ولم يوجد ما يقرِّره.

وخرَّج صاحب «المغني» وجهًا آخر: أنَّه يتقرَّر المهر كلُّه على الزَّوج بهذا الفعل مع انفراده به؛ لأنَّ الأجنبيَّ لو استقل بهذا الفعل؛ للزمه مهر المثل كلُّه على رواية منصوصة نقلها مهنَّى أيضًا، فإذا كان موجبًا للمهر ابتداء؛ فلأنْ يقرِّره أولى.

ولكن في صورة الاشتراك في الفعل غير المأذون فيه إنَّما يجب على الزَّوج نصف الضَّمان.

نعم، يتخرج من هذه الرِّواية رواية أخرى: أنَّ الأجنبيَّ هنا عليه نصف مهر المثل.

واختار ابن عقيل: أنَّ الزَّوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر؛ لأنَّ الزَّوج إنَّما يستحقُّ إتلاف البكارة تبعًا لاستيفاء حقِّه من الوطء، فإذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنه؛ كالمستعير إذا أتلف خمل المنشفة - مثلًا - بغير الاستعمال؛ فإنَّه يضمن.

(١) قال الأصمعي: (يقال: أعط المرأة عقرها، أي: أعطها شيئًا كالمهر، وذلك إذا غشيها على شبهة). ينظر: غريب الحديث لإبراهيم الحربي ٣/ ٩٩٧.

وأيضًا: فلو وجب لرجل قصاص على آخر في نفسه، فقطع بعض أعضائه عدوانًا؛ ضمنه؛ لأنَّه لم يستحقَّ إتلاف بعض[١] أعضائه إلَّا تبعًا لإتلاف جملته لا استقلالًا.

ويتخرَّج[٢] فيه وجه آخر: أنَّ الأرش كلَّه أو مهر المثل على الأجنبيِّ؛ لأنَّ الزَّوج مأذون له في إتلاف هذا الجزء في الجملة، فيكون الأجنبيُّ منفردًا بالجناية عليه، فيتكمَّل الضَّمان عليه.

---

(١) قوله: (بعض) سقط من (أ).

(٢) قوله: (يتخرج) سقط من (ب).

قاعدة [٢٩]

من سومح في مقدارٍ يسيرٍ فزاد عليه؛ فهل تنتفي المسامحة في الزِّيادة وحدها أو في الجميع[١]؟ فيه وجهان.

وللمسألة صور[٢]:

---

[١] كتب على هامش (ن): (ويصح التعبير عنها بعبارة أخرى، فيقال: من تعدى محل الحق إلى غيره، هل يبطل به المستحَقُّ، أو يبقى، وإنما يبطل الزائد خاصة؟)

[٢] كتب على هامش (ن): (ومن فروع القاعدة: لو زُفَّت إليه الثيب وأرادت أن يقيم عندها سبعًا وفعل؛ فإنه يقضي لبقية ضرائرها السبع كما جزم به الشيخان وغيرهما، وحكى في «الفروع» عن «الروضة»: أنه لا يقضي إلا الزائد على الثلاث التي لو اقتصر عليها لم يقض لهن شيئًا، ووجه الأولى: أنها لما تعدَّت محل حقها سقط أصل حقها.

ومنها: لو قطعت يده من العضد، وقلنا: له أن يقتص من مفصل دونه، وهو المرفق، وله أخذ الحكومة للباقي كما هو أحد الوجهين فيهما، وقواه جماعة في الثانية، فلو أراد القطع من الكوع ففي «الفروع» وجهان مطلقان، المجزوم به منهما في «الكافي»: أنه يُمنع من ذلك، فلو قطع منه؛ فهل له حكومة الساعد، أم لا وهو الظاهر؛ تغليظًا إذ فعل ما ليس له أن يفعله، وأما إذا قلنا: إنه لا يمنع من ذلك، فهل له طلب أرش الساعد؟ يتوجه فيه =

منها: الوكيل في البيع مع الإطلاق يملك البيع بثمن المثل وبدونه بما يُتغابن بمثله عادة، فإذا باع بما لا يُتغابن بمثله عادة؛ فهل يضمن بقية ثمن المثل كلِّه، أو القدر الزَّائد عمَّا يتغابن به عادة؟ على وجهين[١].

ورجَّح ابن عقيل: ضمان بقيَّة ثمن المثل كلِّه[٢]، واستشهد له بالنَّجاسة الكثيرة في الثَّوب يجب غسلها، ولا يفرد منها ما يعفى(١) عنه بانفراده، وكذلك العمل الكثير في الصَّلاة؛ فإنَّه لو أفرد منه القدر المعفوُّ عنه بانفراده؛ فقد يصير الباقي يسيرًا، فيلزم العفو عن الكلِّ، وكذلك إذا

= وجهان؛ قياسًا على نظائره.

ومنها: إذا رفع الذمي بناءه على بناء المسلم، فقال في «الفروع»: إنه يجب هدمه، فهل يهدم ما حصلت به التعلية، أو الجميع؟ يتجه أن يخرَّج فيه خلاف من هذه القاعدة، ويحتملهما كلام «الفروع» أيضًا، وإن كان الظاهر الأول.

ومنها: لو احتاج إلى الضبة، فضبب زائدًا على الحاجة، فهل يأثم على الجميع، أو على الزائد؟ لم أره من كلامهم، ويتجه تخريجه على ما سبق).

[١] كتب على هامش (ن): (أي: هل يجعل العدوان مقصورًا على ذلك القدر، أو عليها في كل جزء).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) في (أ): ما لا يعفى.

ضرب الصَّبيَّ معلِّمُه أو المرأةَ زوجُها ضربًا مبرِّحًا وماتا؛ ضمن الدِّية كلَّها، ولو عُفِيَ عن القدر المباح بانفراده؛ لم يجب كمال الدِّية.

وهذه الصَّورة الأخيرة تردُّ إلى القاعدة الَّتي قبل هذه؛ حيث كان التَّلف تولَّد من ضربٍ مأذونٍ فيه وغير مأذون فيه(١)، فأوجب كمال الضَّمان، كما لو زاد على الحدِّ سوطًا، فلا دلالة له فيها[١].

ومنها: لو أكل المضحِّي جميع أضحيته[٢]؛ فهل يلزمه ضمان ثُلُثها أو ما يقع عليه الاسم؟ على وجهين[٣].

ولو تصدَّق أوَّلًا بما يقع عليه الاسم[٤] أجزأه؛ لأنَّ الصَّدقة بالثُّلُث كلِّه(٢) مستحبٌّ ليس بواجب على المشهور في المذهب.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومن فروع هذه القاعدة: لو انكسر ظفر المحرم، فقص المنكسر فقط؛ فلا فدية، ولو زاد في القص؛ فداه، ذكره في «الكافي»، وظاهر عبارته: أنه يفدي الجميع)، ثم كتب على هذا الهامش بخط مغاير: (لا خفاء أن وجوب الفدية في الظفر يستوي فيه قص البعض من كل واحد وقص الجميع منه كالشعر، فوجوب الفدية فيما لو زاد في القص على المنكسر إنما هو لقص ذلك القدر الزائد، والله أعلم).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: المتطوع بها).

[٣] كتب على هامش (ن): (أصحهما: الثاني، ويتخرج وجه ثالث: بلزوم ضمان الجميع).

[٤] كتب على هامش (ن): (وهو ما يستحب التضحية به على المذهب أو يجب).

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (ب) و(ج) و(هـ) و(ن)، وضُرب عليها في (د).

(٢) قوله: (كلِّه) سقط من (ب).

ومنها: لو تعدَّى الخارج من السَّبيل موضع العادة؛ فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة ويجزئ الحجر في موضع العادة؟ على وجهين:

أشهرهما: أنَّ الواجب غسل المتعدِّي خاصَّة، وهو قول القاضي، وربَّما نسبه إلى نصِّ أحمد؛ لأنَّ هذا لا ينسب فيه إلى تفريط وتعدٍّ، بخلاف الوكيل والمضحِّي.

والثَّاني: يلزمه غسل الجميع، وبه جزم القاضي أبو يعلى الصَّغير، ولم يَحكِ فيه خلافًا.

ومنها: لو أدَّى(١) زكاته إلى واحد، وقلنا: يجب الأداء إلى ثلاثة؛ فهل يضمن الثُّلُثين، أو ما يقع عليه الاسم؟ على وجهين[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (أصحهما: ما يقع عليه الاسم).

---

(١) قوله: (لو أدَّى) سقط من (ج). وقوله: (لو) سقط من (ب).

قاعدة [٣٠]

إذا أخرج(١) عن ملكه مالًا على وجه العبادة، ثمَّ طرأ ما يمنع إجزاءه أو الوجوب، فهل يعود إلى ملكه أم لا؟ فيه خلاف.

فمن ذلك: إذا أوجب هديًا أو أضحية عن واجب في ذمَّته، ثمَّ تعيَّبت؛ فإنَّها لا تجزئه، وهل يعود المعيب إلى ملكه؟ على روايتين[١].

ومنها: إذا عجَّل الزَّكاة فدفعها إلى الفقير، ثمَّ هلك المال[٢]؛ فهل يرجع بها أم لا؟ على وجهين[٣].

ومنها: ما لو عجَّل عن ثلاثين من البقر تبيعًا، ثمَّ نُتِجت(٢) عشرةً

---

[١] كتب على هامش (ن): (اختار في «الوجيز»: أنها تعود إلى ملكه، وقال في «الفروع»: لا تعود على الأصح)، وكُتب بعدها بخط مغاير: (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني قبل الحول).

[٣] كتب على هامش (ن): (أصحهما: لا).

---

(١) أشار في هامش (ب) إلى نسخة: إذا أفرز أو أخرج.

(٢) قال في المطلع (ص ١٧٨): (قوله: "فَنُتِجَتْ عند الحَوْلِ سَخْلَةً": نتجت - بضم أوله - على البناء للمفعول، وسخلة مفعول ثان، ويجوز "نَتَجَت" على البناء =

قبل الحول، وقلنا: لا يجزئ التَّبيع[١] عن شيء منها؛ فهل يسترجع؟ يُخرَّج على الوجهين[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (المذهب: أنه يجزئ عن الثلاثين).

[٢] كتب على هامش (ن): (قال في «الإنصاف»: قلت: إن كان المعجل موجودًا ساغ ارتجاعه).

= للفاعل، وسَخْلَةً مفعوله، يقال في فعله: نتجت الناقة، وأنتجت، مبنيين للفاعل، ونتجتها أنا، وأنتجتها: جعلت لها نتاجًا، ونُتِجت وأُنْتِجَت، مبنيين للمفعول، ست لغات، وفيه حذف مضاف تقديره: نتج بعضها سخلة، أو نتجت بعضها سخلة).

قاعدة [٣١]

من شرع في عبادة تلزم بالشُّروع، ثمَّ فسدت؛ فعليه قضاؤها على الصَّفة(١) الَّتي أفسدها، سواء كانت واجبة في الذِّمَّة على تلك الصِّفة أو دونها.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: إذا صلَّى المسافر خلف مقيم وفسدت صلاته[١]؛ فإنَّه يجب عليه قضاؤها تامَّة.

ومنها: إذا أحرم من بلده ثمَّ أفسد نسكه بجماع؛ وجب قضاؤه والإحرام من موضع إحرامه أوَّلًا، نصَّ عليه أحمد(٢).

بخلاف ما إذا أحصر في نسكه ذاك ثمَّ قضاه؛ فإنَّه لا يلزمه الإحرام إلَّا من الميقات، نصَّ عليه أيضًا؛ لأنَّ المحصر فيه لم يلزمه إتمامه[٢].

---

[١] كتب في هامش (ب): (الضَّمير في قوله: «فسدت صلاته»: الظَّاهر أنَّه عائد للمسافر).

[٢] كتب على هامش (ن): (ولأنه غير آثم بإفساده والتحلل منه).

---

(١) في (ب): صفة.

(٢) جاء في شرح العمدة لشيخ الإسلام في كتاب الحج (٢/ ٢٥٧) ما نصه: (قال في رواية أبي طالب في الرجل إذا واقع امرأته في العمرة: عليهما قضاؤها من حيث أهلَّا بالعمرة لا يجزئهما إلا من حيث أهلَّا ﴿وَٱلْحُرُمَٰتُ قِصَاصٌ﴾ [البَقَرَة: ١٩٤]. =

ومنها: إذا عيَّن عمَّا في ذمَّته من الهدي أو الأضحية ما هو أزيد صفةً من الواجب، ثمَّ تلف، فإن كان تلفه بتفريطه؛ فعليه إبداله بمثله، وإن كان بغير تفريطه(١)؛ ففيه وجهان حكاهما القاضي في «شرح المذهب».

وجزم صاحب «المغني»: بأنَّه لا يلزمه أكثر ممَّا كان في ذمَّته[١]؛ لأنَّ الزِّيادة وجبت بتعيينه، وقد تلفت بغير تفريط؛ فسقطت؛ كما لو عيَّن هديًا تطوعًا ثمَّ تلف.

ومنها: لو نذر اعتكافًا في شهر رمضان ثمَّ أفسده؛ فهل يلزمه قضاؤه في مثل تلك الأيَّام؟ على وجهين[٢].

وظاهر كلام أحمد لزومه، وهو اختيار ابن أبي موسى؛ لأنَّ في الاعتكاف في هذا الزَّمن فضيلةً لا توجد(٢) في غيره؛ فلا يجزئ القضاء في غيره، كما لو نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ثمَّ أفسده؛ فإنَّه يتعيَّن القضاء فيه، ولأنَّ نذر اعتكافه يشتمل على نذر اعتكاف ليلة القدر؛ فتعيَّن؛ لأنَّ غيرها لا يساويها.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أصحهما: لا يلزمه).

= وقال في رواية ابن مشيش: إذا أفسد الرجل الحج؛ فعليه الحج من قابل من حيث أوجب الإحرام. قيل له: فإن كان من أهل بغداد وقد أوجب الإحرام على نفسه، ولم يكن له من قابل زاد ولا راحلة؟ قال: فعليه متى وجد).

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): تفريط.

(٢) في (ب): يوجد.

وعلى هذا فنقول: لو نذر اعتكاف عشرة أيَّام، فشرع في اعتكافها في أوَّل العشر الأواخر ثمَّ أفسده؛ لزمه قضاؤه في العشر من قابل؛ لأنَّ اعتكاف العشر لزمه بالشُّروع عن نذره، فإذا أفسده لزمه قضاؤه على صفة ما أفسده.

قاعدة [٣٢]

يصحُّ عندنا استثناء منفعة العين المنتقِل ملكها من ناقلها مدَّة معلومة[١].

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدَّة معلومة؛ صحَّ.

وحكي فيه رواية أخرى: بعدم الصِّحة.

ومنها: الوقف، يصحُّ أن يقف ويستثني منفعته مدَّة معلومة أو مدَّة حياته؛ لأنَّ جهالة المدَّة هنا لا تؤثر(١)؛ فإنَّها لا تزيد على جهالة مدَّة كلِّ بطن بالنِّسبة إلى من بعده.

ومنها: العتق، يصحُّ أن يُعتق عبده ويستثني نفعه مدَّة معلومة، نصَّ عليه(٢)؛ لحديث سفينة(٣).

---

[١] كتب على هامش (ن): (كان ينبغي أن يزيد هنا: أو مجهولة فيما يحتمل فيه الجهالة؛ لئلا يرد عليه استثناء منفعة الوقف مدة حياته ونحوها).

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): يؤثِّر.

(٢) جاء في مسائل إسحاق ابن منصور (٨/ ٤٤٩٣): (قلت: إذا قال: أنت حر على أن تخدمني كذا وكذا؟ قال أحمد: جيد، أليس قد أعتقت أم سلمة رضي الله عنها سفينة على أن يخدم النبي صلى الله عليه وسلم).

(٣) كتب على هامش (ن): (وهو ما رواه أحمد وابن ماجه عن سفينة أبي عبد الرحمن =

وكذا لو استثنى خدمته مدَّة حياته.

وعلى هذا يتخرَّج أن يُعتِق أمته ويجعل عتقها صداقها؛ لأنَّه استثنى منفعة البضع(١) وتملَّكها(٢) بعقد النِّكاح، وجعل العتق عوضًا عنها(٣)؛ فانعقدا[١] في آن واحد.

ومنها: إذا كاتب أَمَة واستثنى منفعة الوطء؛ فإنَّه يصحُّ على المذهب المنصوص؛ فإنَّه إنَّما نقل بالكتابة عن ملكه منافعها دون رقبتها.

ومنها: الوصيَّة، فيصحُّ أن يوصي برقبة عين لشخص، وبنفعها لآخر، مطلقًا أو مدَّة معلومة، أو يبقيها للورثة.

ومنها: الهبة، يصحُّ أن يهبه شيئًا، ويستثني نفعه مدَّة معلومة، وبذلك أجاب الشَّيخ موفَّق الدِّين رَحِمَهُ اللهُ.

ومنها: عوض الصَّداق والخلع والصُّلح على مال، قياس المذهب: صحَّة استثناء المنفعة فيها.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: العتق والنكاح).

= قال: أعتقتني أم سلمة وشرطت علي أن أخدم النبي ﷺ ما عاش، وفي رواية أبي داود: فقلت: لو لم تشرطي علي ما فارقت رسول الله ﷺ، فأعتقتني واشترطت علي)، أخرج أحمد (٢١٩٢٧)، وأبو داود (٣٩٣٢)، وابن ماجه (٢٥٢٦)، وحسنه الألباني في الإرواء (٦/ ١٧٥).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(ن): بالبضع.

(٢) في (ب) و(د) و(ن): وتملكه.

(٣) في (ب) و(د) و(ن): عنه.

قاعدة [٣٣]

الاستثناء الحكميُّ؛ هل هو كالاستثناء اللَّفظيِّ، أم تغتفر فيه الجهالة بخلاف اللَّفظيِّ؟

فيه وجهان، والصَّحيح عند صاحب «المغني»: الصِّحَّة[١]، وهو قياس المذهب، خلافًا للقاضي.

ويخرَّج على ذلك مسائل:

منها: لو باعه أمة حاملًا بحُرٍّ[٢]، وقلنا: لا يصحُّ استثناء الحمل لفظًا[٣]؛ فهل يصحُّ أم لا؟ على وجهين[٤].

ومنها: لو باعه عقارًا تَستحِقُّ(١) فيه السُّكنى الزَّوجةُ المعتدَّة من

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي مع الجهالة في الاستثناء الحكمي، ولكن كلامه في المسألة الثانية من فروع القاعدة ينافي هذا النقل عنه.

[٢] كتب على هامش (ن): (كمن تزوج امرأة على أنها حرة وأحبلها، فبانت أمة؛ فإن الولد حر).

[٣] كتب على هامش (ن): (لأنه مجهول، وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أصحهما: الصحة).

(١) في (أ): يستحقُّ.

الوفاة بالحمل؛ فهل يصحُّ أم لا(١)؟

قال صاحب «المغني»: لا؛ لأنَّ مدَّة الحمل مجهولة، بخلاف مدَّة الأشهر.

وقال الشَّيخ مجد الدِّين في «مسوَّدته على الهداية»: قياس المذهب صحَّة البيع[١]. وأطلق[٢].

ومنها: بيع الدَّار المؤجرة يصحُّ، وسواء علم المشتري بالإجارة أو لم يعلم، نصَّ عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد(٢).

وقال في رواية الميمونيِّ: ليس له أن يبيعها حتى يبيِّن.

فقد يكون مأخذه: اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد.

وقيل: لأنَّ البيع المطلق يتناول المنافع، وهي الآن ملك لغيره؛ فيشبه تفريق الصَّفقة، ولكنَّ أحمد إنَّما أوجب بيان ذلك؛ لأنَّ تركه تدليس وتغرير، ولم يتعرَّض للصِّحَّة والبطلان، وسواء علم بمقدار مدَّة

---

[١] كتب على هامش (ن): (وصوَّبه في «الإنصاف»).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: فتناول إطلاقه المعتدة بالحمل والمعتدة بالأشهر وأن البيع صحيح في الصورتين).

---

(١) قوله: (أم لا) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن).

(٢) الذين رووا عن الإمام أحمد بهذا الاسم جماعة كثيرة، أشهرهم وأكثرهم مسائل، وهو الذي يراد عند الإطلاق: جعفر بن محمد بن شاكر، أبو محمد الصائغ، كان يحضر مجلس أحمد ويسمع فتاويه، وكان عابدًا زاهدًا ثقةً صادقًا متقنًا ضابطًا، وروى عن أحمد مسائل كثيرة، توفي سنة ٢٧٩هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٢٤.

الإجارة أو لم يعلم، هذا قياس المذهب[١].

وقد ذكروا أنَّه لو اشترى صبرة من طعام، فبَانَ تحتها دكَّةٌ؛ فإن علم بذلك فلا خيار له، وإلَّا فله الخيار، وعلْمُه بها يفضي إلى دخوله على جهالة مقدار الصَّبُرة، ولو استثنى بلفظه مقدار ذلك لم يصحَّ[٢].

ومنها: لو اشترى أمة مزوَّجة؛ صحَّ، سواء علم بذلك أو لم يعلم، وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكمًا.

ولو استثناها في العقد لفظًا؛ لم يصحَّ.

ومنها: لو اشترى شجرًا عليه ثمرٌ، أو أرضًا فيها زرعٌ، أو دارًا فيها طعام كثير؛ صحَّ، ووقع بقاء الثَّمر والزَّرع والطَّعام مستثنًى إلى أوان تفريغه على ما جرت به العادة، وذلك مجهول.

ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدَّة؛ لم يصحَّ.

ومنها: لو اشترى أمة أو عبدًا مُحرِمًا؛ صحَّ، ووقع مدَّة إحرامه

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: فإن البيع صحيح، وهل يبطل خياره إذا جهل المدة؟ فالمأخوذ من مسألة الصبرة أنه لا خيار له، ووجهه: أنه مقصِّر حيث لم يفحص عن قدر المدة إذا تبين أنها طويلة).

[٢] كتب على هامش (ن): (ومنها: لو باع دارًا عليها حق، ووضع لَبِنَةً أو آجُرًّا ما صحَّ، ولصاحب الحق استيفاؤه، وهي منفعة مجهولة مدتها مستثناة شرعًا، ولو استثناها بلفظه لم يصح، وفي «الأشباه والنظائر» للسبكي: وكذا لو باع الماشية إلا شاة الزكاة لم يصح؛ للجهل بالمستثنى المؤدي للجهل بالمبيع، ولو باعها كلها وقد وجبت فيها الزكاة صح، ويد الساعي ممتدة إلى أخذ شاة الزكاة، فهي مستثناة شرعًا).

مستثنًى من البيع، وسواء علم بذلك المشتري أو لم يعلم، نصَّ على ذلك أحمد، مع أنَّ مدَّة الإحرام لا تنضبط، لا سيَّما بالعمرة، فقد يقع الإبطاء في السَّير؛ لعائق أو غيره.

لكن قد يقال: إنَّ المسافة معلومة وأفعال النُّسك معلومة؛ فصار كاستثناء ظهر الدَّابَّة إلى بلد معيَّن.

قاعدة [٣٤]

استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع من سريان العتق إليها؛ كالاستثناء في العقد[١] وأولى؛ لأنَّ الاستثناء الحكميَّ أقوى، ولهذا يصحُّ بيع العين المؤْجَرة والأمة المزوَّجة عند من لا يرى استثناء المنافع في العقد.

خلافًا للشَّيخ تقيِّ الدين رَحِمَهُ اللَّهُ في قوله: يسري العتق إليها إن لم يستثنِ(١).

ويتفرَّع على هذا مسائل:

منها: إذا عَتَقت الأمة المزوَّجة؛ لم تملك منفعة البضع الَّتي هي مورد النِّكاح، وإنَّما يثبت(٢) لها الخيار تحت العبد؛ لأنَّها كملت تحت ناقص، فزالت كفاءته بذلك، أو تعبُّدًا غير معقول المعنى.

ومن قال بسراية العتق؛ قال: قد ملكت بضعها، فلم يبقَ لأحد عليها ملك؛ فصار الخيار لها في المقام مع الزَّوج أو مفارقته، سواء

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كاستثنائها باللفظ في العتق، فيكون مانعًا من سريان العتق إليها، فحقُّ العبارة أن يقول: كالاستثناء في العتق).

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): تستثنَ.
(٢) في (ب) و(د) و(هـ): ثبت.

كان حرًّا أو عبدًا، وعلى هذا فلو استثنى منفعة بضعها للزَّوج؛ صحَّ، ولم تملك الخيار، سواء كان زوجها حرًّا أو عبدًا، ذكره الشَّيخ[١]، وقال: هو مقتضى المذهب.

ويَرِدُ على القول(١) بملكها بضعَها: أنَّه يلزم منه انفساخ نكاحها؛ حيث لم يبق للزَّوج ملك عليها، ولا قائلَ بذلك.

على أنَّه يمكن أن يقال: عتقُ بضعِها لا يلزم منه ثبوت الخيار لها على الحرِّ؛ لأنَّ حريَّة البضع لا تنافي ثبوتَ استحقاق منفعته بعقد النِّكاح ابتداءً؛ فالحريَّة الطَّارئة أوْلى.

ومنها: لو آجر عبده مدَّة، ثمَّ أعتقه في أثنائها؛ لم تنفسخ الإجارة على المذهب.

وعند الشَّيخ[٢]: ينفسخ؛ إلَّا أن يستثنيها في العتق[٣].

وخرَّج صاحب «المقنع» ذلك وجهًا لنا، لا بناءً على السِّراية، بل

[١] كتب على هامش (ن): (أي: تقي الدين). وقال في الإنصاف معلقًا على كلام ابن رجب (٢٠/ ٤٦١): (والظاهر أنه أراد بالشيخ: الشيخ تقي الدين، أو سقط ذكره في الكتابة).

[٢] كتب على هامش (ب) و(ن): (أي: تقي الدين).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: ينفسخ عنده إلا أن يستثنيها باللفظ في العتق كما تقدم ذلك في القاعدة، فلا تنفسخ).

(١) في (ب): هذا القول.

على زوال ولاية السَّيِّد عن عبده بعتقه؛ فيكون كما لو آجر الوليُّ الصَّبيَّ مدَّة ثمَّ بلغ في أثنائها؛ فإنَّه ينفسخ في وجه.

وهو ضعيف؛ فإنَّ الوليَّ تنقطع ولايته بالكليَّة عن الصَّبيِّ ببلوغه رشيدًا، بخلاف السَّيِّد، فإنَّ له استثناء منافعه بالشَّرط، والاستثناء الحكميُّ أقوى كما تقدَّم.

ومنها: لو أعتق الورثةُ العبدَ الموصى بمنافعه؛ صحَّ، ولم يسرِ إلى المنافع.

قاعدة [٣٥]

من ملك منفعة عين بعقد، ثمَّ ملك العين بسبب آخر؛ هل ينفسخ العقد الأوَّل أم لا؟

هٰهنا صورتان:

إحداهما: أن يكون العقد الَّذي ملك به المنفعة عقدًا مؤبَّدًا:

فإن لم يكن عقد معاوضة؛ فلا معنى لانفساخه؛ كالموصى له بمنافع الأمة إذا اشتراها؛ فإنَّه يجتمع له ملكها بالعقدين، ولا ضرر في ذلك، فهو كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد؛ كملك الورثة لمنافع العين الموصى برقبتها إذا اشتروا العين من الموصى له.

وإن كان عقد معاوضة - وهو النِّكاح -؛ انفسخ بملك الرَّقبة؛ لأنَّه ملك ضعيف ومختلف في مورِده؛ هل هو المنفعة أو الانتفاع، ويختصُّ بمنفعة البضع، ويملك به الاستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه[١]؛ فلا يجتمع مع الملك القويِّ، وهو ملك الرَّقبة، بل يندفع به.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: يملك الزوج بعقد النكاح الاستمتاع بنفسه دون نقله إلى غيره، فليس كالإجارة يستوفي فيها المنفعة بنفسه أو ممن يقوم مقامه في استيفائها).

ولا نقول: إنَّه يدخل ملكه في ملك الرَّقبة[١]؛ لأنَّ مالك الرَّقبة لم يكن مالكًا له؛ فكيف يتضمَّن عقده على الرَّقبة ملكه؟!

بل نقول: إنَّه قد اجتمع له ملك الرَّقبة بجميع منافعها بجهة، وملك البضع بجهة أخرى ضعيفة؛ فبطلت خصوصيَّات الجهة الضَّعيفة كلُّها؛ لمصيره مالكًا للجميع ملكًا تامًّا.

وهذا صحيح؛ فإنَّه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال: إنَّه يملك الانتفاع بالبضع دون منفعته، ولا إنَّه يملك الانتفاع به بنفسه دون المعاوضة عليه[٢]؛ فتعيَّن إلغاء خصوصيات عقد النِّكاح كلِّها.

والصُّورة الثَّانية: أن يكون العقد المملوك به المنفعة غير مؤبَّد؛ كالإجارة، فإذا ملك العين بعد ذلك؛ فهل ينفسخ؟ فيه وجهان.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها؛ ففي انفساخ الإجارة وجهان حكاهما الأصحاب، وربَّما حُكي روايتان:

أحدهما(١): تنفسخ؛ لأنَّه ملك الرَّقبة، فبطل ملك المنفعة؛ كما لو اشترى زوجته.

---

[١] كتب على هامش (ن): (هذا سؤال مقدر، وجوابه قوله: "لأن مالك الرقبة... إلخ").

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: قد يقال إن هذا الثاني لا يمتنع القول به، ويكون ذلك فائدة القول بعدم انفساخ النكاح.

---

(١) في (أ) و(و): إحداهما.

والثَّاني: لا تنفسخ، وهو الصَّحيح، واختيار القاضي وابن عقيل والأكثرين؛ لأنَّ(١) المنافع ملكها أوَّلًا بجهة الإجارة وخرجت عن ملك المؤجر، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع، وهو العين المسلوبة النَّفع، فصار كما لو اشترى العين الموصى بمنافعها من الورثة، واستأجر المنافع من مالكها[١] في عقد أو عقدين؛ فإنَّ الإجارة لا تنفسخ بغير خلاف[٢]، ولا منافاة بين ثبوت البيع والإجارة، بخلاف النِّكاح.

وأيضًا: فالملك ههنا أقوى من ملك النِّكاح؛ لأنَّه يملك به الانتفاع والمعاوضة، ويملك به عموم المنافع؛ فلا ينفسخ بملك الرَّقبة.

فإن قيل: لو لم تنفسخ الإجارة؛ لعادت المنافع بعد انقضاء مدَّتها إلى المؤجر؛ لأنَّها لم تدخل في عقد البيع، وإنَّما استأجرها مدَّة مؤقَّتة، بخلاف الزَّوج؛ لأنَّه ملك المنفعة ملكًا مؤبَّدًا[٣].

فالجواب: أنَّ البائع باع ما يملكه من العين ومنافعها الَّتي يستحقُّها

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو الموصى له بها).

[٢] كتب على هامش (ن): (إنما الخلاف فيما إذا كانت الإجارة من مالك العين، أما إذا تعدد مالك المنفعة ومالك العين؛ فلا تنفسخ الإجارة بلا خلاف).

[٣] كتب على هامش (ن): (والإجارة ملك بها المنافع ملكًا غير مؤبد، يعني: فتعود بعد انقضائها إلى الذي كان يملكها).

---

(١) في (أ) و(هـ): أنَّ.

بعد انقضاء مدَّة الإجارة، فإنَّه يملك العقد على المنافع التي تلي العقد والَّتي تتأخر عنه بالإجارة عندنا، فبالبيع(١) أولى، أمَّا إن كان الاستئجار من غير البائع، وكان مالكًا للمنافع مؤبَّدةً(٢)؛ فالإجارة باقية، وتعود إليه بعد انقضاء المدَّة بغير تردُّد[١].

ولو ملك المستأجر العين بهبة فهو كما لو ملكها بشراء، صرَّح به الشَّيخ مجد الدِّين في «مسوَّدته على الهداية».

فأمَّا إن وهب العين المستعارة من المستعير؛ فإنَّه تبطل العارية، ذكره القاضي وابن عقيل؛ لأنَّها عقد غير لازم.

ومنها: لو استأجر دارًا من أبيه، ثمَّ مات الأب فورثها؛ فهل تنفسخ الإجارة؟ فيه وجهان أيضًا.

وخرَّجهما صاحب «التَّلخيص» من المسألة الَّتي قبلها.

والمذهب عند القاضي في «الخلاف»: أنَّه لا ينفسخ؛ كشراء المستأجر.

وقال في «المجرد»: ينفسخ.

ويوجَّه: بأنَّ الملك بالإرث قهريٌّ يقتضي تملُّك ما لا يُتملَّك مثله

[١] كتب على هامش (ن): (كالموصى له بمنافعها إذا آجرها للذي اشترى الرقبة من الورثة وانقضت مدة الإجارة، فإن المنافع تعود إلى الموصى له بها بغير تردد).

(١) في (أ) و(هـ) و(و): فالبيع.
(٢) في (ن): (مدة مؤبدة). قال ابن نصر الله رحمه الله: لعله ملكًا مؤبدًا.

بالعقود؛ فجاز أن يملك به المنافعَ المستأجرة مستأجرُها، فتنفسخ الإجارة.

وأيضًا: فقد ينبني هذا على أنَّ المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثمَّ تنتقل إلى ملك المستأجر؟

فإن قلنا بذلك؛ فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها إليه.

هذا إذا كان ثَمَّ وارث سواه؛ لأنَّ فائدة بقاء الإجارة استحقاق بقيَّة الأجرة[١]، فإذا لم يكن وارث سواه؛ فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه؛ إلَّا أن يكون على أبيه دين لغيره، وقد مات مفلسًا بعد(١) أن سلَّفه الأجرة.

ومنها: لو اشترى طلعًا لم يؤبَّر[٢] في رؤوس نخله بشرط قطعه، ثمَّ اشترى أصله في الحال؛ فهل يتخرَّج انفساخ البيع في الطَّلع على ما مرَّ من الوجهين؛ لأنَّه بمنزلة المنفعة لتبعه في البيع، أم لا؛ لأنَّه عين مستقلَّة؟

فيه تردُّدٌ، والمجزوم به في «الكافي»: أنَّه لا ينفسخ بغير خلاف.

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: فلا فائدة في بقاء الإجارة).

[٢] كتب على هامش (ن): (التأبير هو التلقيح، وهو وضع الذكر في الأنثى، لكن المجزوم به عند أكثر الأصحاب: أنه تشقق الطلع، وهو الذي أناطوا به الحكم في أنه يكون للتابع إذا باع أصله، وهو المراد في كلام المصنف هنا).

---

(١) في (أ): وبعد.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قاعدة [٣٦]

من استأجر عينًا ممَّن له ولاية الإيجار، ثمَّ زالت ولايته قبل انقضاء المدَّة؛ فهل تنفسخ الإجارة؟

هذا قسمان:

أحدهما: أن تكون إجارته بولاية محضة:

فإن كان وكيلًا محضًا؛ فالكلام في موكِّله دونه.

وإن كان مستقلًّا بالتَّصرُّف؛ فإن انتقلت الولاية إلى غيره؛ لم تنفسخ الإجارة؛ لأنَّ الولي الثَّاني يقوم مقام الأوَّل، كما يقوم المالك الثَّاني مقام الأوَّل.

وإن زالت الولاية عن المولَّى عليه بالكليَّة؛ كصبيٍّ يبلغ بعد إيجاره أو إيجار عقاره والمدَّة باقية؛ ففي الانفساخ وجهان:

أشهرهما: عدمه، وهو قول القاضي وأصحابه؛ لأنَّه تصرَّف له تصرفًا لازمًا؛ فلا تنفسخ ببلوغه، كما لو زوَّجه أو باع عقاره.

والثَّاني: تنفسخ، ذكره في «المغني» وجهًا؛ لأنَّه آجره مدَّة لا ولاية له عليه فيها بالكليَّة، فأشبه إجارة البطن الأوَّل للوقف إذا انقرض قبل انقضاء المدَّة.

وفارق البيع؛ لأنَّه ينبرم في الحال وتنقطع عُلَقه.

نعم؛ لو كان بلوغه في مدَّة الخيار؛ ففيه نظر[١].

وكذلك النِّكاح ينبرم من حينه، ويستقرُّ المهر فيه بالدُّخول، بخلاف الإجارة؛ لأنَّ الأجرة تتقسَّط فيها على المدَّة، ولا يستقرُّ الملك فيها إلَّا باستيفاء المنافع شيئًا بعد شيء.

وذكر في «المغني» وجهًا آخر خرجَّه(١)[٢]: أنَّه إن آجره مدَّة يعلم بلوغه فيها قطعًا؛ لم يصحَّ في الزَّائد، ويخرج الباقي على تفريق الصَّفقة(٢).

ونحوه ذكر صاحب «التَّلخيص».

والقسم الثَّاني: أن تكون إجارته بملكٍ ثمَّ تنتقل إلى غيره، وهو أنواع:

أحدها: أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولي عليه؛ فتنفسخ الإجارة؛ لملكه المنافع الباقية منها[٣].

---

[١] كتب على هامش (ن): (لأن البيع في مدة الخيار لم ينبرم ولم تنقطع عُلَقه بالكلية، فيتوجه: أنه إذا كان الخيار للبائع وبلغ الصبي قبل مضي مدة الخيار؛ انتقال الخيار له في الفسخ والإمضاء).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: من مدتها).

---

(١) قوله: (خرجه) سقط من (ب) وبقية النسخ.

(٢) قال في المغني (٥/٣٤٨): (ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في =

ودخل تحت هذا: إذا آجر مسلم شيئًا، ثمَّ استولى عليه الكفَّار، وإذا آجر الحربيُّ شيئًا لحربيٍّ ثمَّ استولى عليه المسلمون.

أمَّا إن آجر الحربيُّ شيئًا لمسلم أو ذميٍّ ثمَّ استولى عليه المسلمون؛ فالإجارة باقية؛ لأنَّ المنافع ملك لمعصوم؛ فلا تتملَّك.

وثانيها: أن ينتقل الملك إلى من يخلفه في ماله ويقوم مقامه ويتلقَّى الملك عنه؛ فلا اعتراض له على عقوده، بل هو منفذ لها، وذلك كالوارث، والمشتري، والمتَّهب، والموصى له بالعين، والزَّوجة إذا أخذت العين صداقًا، وأخذه(١) الزَّوج منها عوضًا عن خلع، أو صلحًا(٢)، أو غير ذلك.

وثالثها: أن يكون[١] مزاحمًا للأوَّل في الاستحقاق ومتلقِّيًا للملك عمَّن تلقَّاه الأوَّل، لكن لا حقَّ له في العين إلَّا بعد انتهاء استحقاقه؛ كالبطن الثَّاني من أهل الوقف إذا أَجر البطنُ الأوَّلُ، ثمَّ انقرض والإجارة قائمة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الذي انتقل الملك إليه، وهو البطن الثاني من أهل الوقف).

= أثنائها، مثل إن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة، فتبطل في السادس عشر؛ لأننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه، وهل تصح في الخامس عشر؟ على وجهين، بناء على تفريق الصفقة).

(١) في (ب): أو أخذه.

(٢) في (أ): صلحٍ.

وفي المسألة وجهان:

أحدهما: وهو ما قال القاضي في «المجرَّد» إنَّه قياس المذهب: أنَّه لا ينفسخ؛ لأنَّ الثَّاني لا حقَّ له في العين إلَّا بعده؛ فهو كالوارث.

والثَّاني: وهو المذهب الصَّحيح، وبه جزم القاضي في «خلافه»، وقال: (إنَّه ظاهر كلام أحمد)، وابنه أبو الحسين، وحكياه عن أبي إسحاق ابن شاقْلَا، واختاره ابن عقيل وغيره: أنه ينفسخ؛ لأنَّ الطَّبقة الثَّانية تستحقُّ العين بجميع منافعها تلقِّيًا عن الواقف بانقراض الطَّبقة الأولى[١]؛ فلا حقَّ للأولى فيه بعد انقراضهم، بخلاف الورثة؛ فإنَّهم لا يتلقَّون عن موروثهم إلَّا ما خلَّفه في ملكه من الأموال، ولم يخلِّف هذه المنافع[٢]، وحقُّ المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكليَّة، بل آثاره باقية، ولهذا تُقضَى ديونه وتنفذ وصاياه من التَّركة، وهي ملكه على قولٍ إلى أن يُقضى دينه؛ فكيف يُتعرض عليه في تصرفاته بنفسه[٣]؟!

---

[١] كتب على هامش (ن): (فيه إشعار بأن القول بالانفساخ من فوائد الخلاف من أن الطبقة الثانية هل تتلقى الوقف عن الواقف أو عن الطبقة الأولى؟ والصحيح عن الواقف).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: التي ملكها المستأجر بالإجارة من مورثهم مدة التآجر).

[٣] قال ابن نصر الله رَحِمَهُ اللَّهُ: قد يقال: إجارة البطن الأول إنما كانت بمقتضى ولاية النظر له شرعًا؛ لأن الوقف إذا لم يعيِّن الواقف له ناظرًا؛ كان نظره لمستحقه، وإذا ثبت أن إيجاره بمقتضى ولاية النظر صار حكمه حكم الناظر فلا تنفسخ الإجارة بموته وانتقال الاستحقاق إلى البطن الثاني، وهذا =

وأيضًا، فهو كان يملك التَّصرف في ماله(١) على التَّأبيد؛ بوقف عقاره، والوصيَّة به، وبما يحمل شجره أبدًا، والموقوف عليه بخلافه في ذلك كلِّه[١].

وخرَّج صاحب «المغني» وجهًا آخر: ببطلان العقد من أصله؛ بناءً على تفريق الصَّفقة[٢] كما سبق، لكنَّ[٣] الأجرة إن كانت مقسَّطة على

= ظاهر، وقد يجاب عن ذلك: بأن نظر المستحق بسبب استحقاقه فيتقدر بقدره، ولهذا لو كان المستحق جماعة كان النظر لكلهم بقدر استحقاقهم، وقضية ذلك أن يختص نظره بمدة استحقاقه، لا بما زاد عليها.

وكتب في هامش (ن) على ذلك: (وهذا الجواب الذي ذكره هو الصحيح من المذهب).

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فلا يملك التصرف في العين الموقوفة بما ذكر).

[٢] كتب في هامش (ب): (التَّخريج على تفريق الصفقة ليس بمتَّجه؛ لأنَّ تفريق الصَّفقة لا يجوز في ابتداء العقد، وإجارة الموقوف عليه صحيحة، وأيضًا فإن انفساخ الإجارة بالنِّسبة إلى البطن الثَّاني من أهل الوقف إنَّما هي طارئة في أثناء المدَّة، وما يطرأ أثناء المدَّة لا تجيء فيه تفريق الصَّفقة، وإنَّما هو كما لو طرأ على الإجارة ما يفسدها أو يعطِّلها فإنَّها تنفسخ من حين تعطَّلت لا من ابتداء العقد، وهذا ظاهر كلامه والله أعلم، وقد ذكر القاضي وابن عقيل أنَّ تفريق الصَّفقة إنَّما يكون في ابتداء العقد لا في دوامه).

[٣] كتب على هامش (ن): (هذا الاستدراك راجع إلى الوجه الذي خرَّجه صاحب «المغني» ببطلان عقد التآجر من أصله من البطن الأول بموته).

(١) في (أ): ملكه.

أشهر مدَّة الإجارة أو أعوامها؛ فهي صفقات متعدِّدة على أصحِّ الوجهين؛ فلا يبطل جميعها ببطلان بعضها، وإن لم تكن مقسَّطة؛ فهي صفقة واحدة، فيطَّرد فيها الخلاف المذكور.

واعلم: أنَّ في ثبوت الوجه الأوَّل[١] نظرًا؛ لأنَّ القاضي إنَّما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه؛ لكون النَّظر مشروطًا(١) له.

وهذا[٢] محلُّ تردُّدٍ - أعني: إذا أجر بمقتضى النَّظر المشروط له -؛ هل يُلحق بالنَّاظر العامِّ فلا تنفسخ(٢) بموته الإجارات[٣]، أم لا؟ فإنَّ من أصحابنا المتأخِّرين من ألحقه بالنَّاظر العامِّ في ذلك.

وهكذا حكم المُقطَع إذا أجر إقطاعه، ثمَّ انتقلت عنه إلى غيره بإقطاع آخر.

ورابعها: أن يكون[٤] مزاحمًا للأوَّل في استحقاق التَّلقي عمَّن تلقَّى عنه الأوَّل؛ بسبق حقِّه وتقديمه عليه، وهو المشتري للشِّقص المشفوع

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو القول بأنها لا تنفسخ).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: وهذه المسألة إنما هي فيما إذا آجر البطن الأول بأصل الاستحقاق من غير أن يشترط الواقف النظر لأحد بعينه).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو الصحيح).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: من انتقلت إليه وهو الشفيع).

---

(١) قوله: (مشروطًا) سقط من (أ).

(٢) في (أ): ينفسخ.

إذا أَجر - وقلنا[١] بصحَّة تصرفاته بالإجارة وغيرها -، ثمَّ انتزعه الشَّفيع، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها(١)، وهو(٢) ما ذكره صاحب «المقنع»: لا تنفسخ الإجارة؛ لأنَّ ملك المؤجر ثابت، ويستحقُّ الشَّفيعُ الأجرةَ (٣) من يوم أخذه؛ لأنَّه يستحقُّ انتزاع العين والمنفعة، فإذا فات أحدهما؛ رجع إلى بدله وهو الأجرة ههنا؛ كما نقول في الوقف إذا انتقل إلى البطن الثَّاني، ولم تنفسخ إجارته: إنَّهم يستحقُّون الأجرة من يوم الانتقال.

وكذلك نصَّ أحمد في رواية جعفر بن محمَّد على مثل ذلك في بيع العين المؤجرة، وأنَّ المشتري يستحقُّ الأجرة من حين العقد(٤).

وهو مُشْكِلٌ؛ لأنَّ المنافع مدَّة الإجارة غير مملوكة للبائع؛ فلا

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) في (ب): إحداها.
(٢) قوله: (وهو) سقط من (أ).
(٣) في (أ) و(ن): الأجرة الشَّفيع.
(٤) في (ب) و(د) و(ج): البيع.
وأما رواية جعفر بن محمد، فقد ذكرها ابن مفلح في النكت على مشكل المحرر (٢٩٠/١)، قال: نقل جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله سئل عن رجل آجر من رجل دارًا سنة، ثم باعها ولم يعلم المشتري، قال: إن شاء ردها بعيبها، وإن شاء أمسكها وله كراؤها حتى تتم سنة، وليس له أن يخرج الساكن. قال ابن مفلح: (ظاهر هذا أن الأجرة للمشتري، كما نقول في الشفيع ومن انتقل إليه الوقف).

تدخل في عقد البيع[١].

ويجاب عنه: بأنَّ البائع يملك عوضها، وهو الأجرة، ولم تستقرَّ بعدُ، ولو انفسخ العقد لرجعت المنافع إليه، فإذا باع العين[٢] ولم يستثنِ شيئًا؛ لم يكن تلك المنافع ولا عوضها[٣] مستحقًّا له[٤]؛ لشمول البيع للعين ومنافعها، فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقُّه منها، وهو استحقاق عوض المنافع مع بقاء الإجارة، وفي رجوعها إليه مع الانفساخ.

وهذا هو أحد الوجهين للأصحاب، وهو قياس نصِّ أحمد المذكور أوَّلًا.

وما ذكرناه قبل ذلك من رجوع المنافع إلى البائع عند الانفساخ هو الَّذي ذكره صاحب «المغني»[٥](١).

والثَّاني[٦]: أنَّه تنفسخ الإجارة بأخذه، وهو المجزوم به في

[١] كتب على هامش (ن): (فكيف يستحق المشتري الأجرة من حين البيع وهو لا يملك المنفعة).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: المؤجرة).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو الأجرة).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: للبائع).

[٥] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٦] كتب في هامش (ن): (من الأوجه الثلاثة).

(١) من قوله: (وهذا هو أحد الوجهين للأصحاب) إلى هنا سقط من (أ) و(ج) و(و).

«المحرَّر»[١]؛ لما قلنا من ثبوت حقِّه في العين والمنفعة، فيملك انتزاع كلٍّ منهما ممَّن هو في يده.

وفارق إجارة الوقف على وجه[٢]؛ لأنَّ البطن الثَّاني لا حقَّ لهم قبل انقراض الأوَّل، وهنا حقُّ الشَّفيع ثابت قبل إيجار المشتري، فتنفسخ بأخذه؛ لسبق حقِّه، ولهذا قلنا على رواية: إنَّ تصرُّف المشتري في مدَّة الخيار مراعًى، فإن فسخ البائع بَطَل.

وأيضًا: فلو لم تنفسخ الإجارة؛ لوجب ضمان المنافع على المشتري[٣] بأجرة المثل لا بالمسمَّى؛ لأنَّه ضمان حيلولة[٤]، كما قلنا في أحد الوجهين: إذا أعتق عبده المستأجَرَ؛ لزمه ضمان قيمة منافعه فيما بقي من المدَّة[٥].

والثَّالث: أنَّ الشَّفيع بالخيار بين أن يفسخ الإجارة أو يتركها، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه» في مسألة إعارة(١) العارية، وهو أظهر؛

[١] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: على قولنا: إن الإجارة لا تنفسخ بانتقالها إلى البطن الثاني من أهل الوقف).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: الشفيع).

[٤] كتب على هامش (ن): (لأن المشتري حال بين الشفيع وبين المنافع بإجارتها، فلهذا ضمنها بأجرة المثل لا بالمسمى الذي أجر به).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: للعبد كما تلزمه نفقته إن لم يشترطها على =

(١) في (ن): إجارة.

فإنَّ الإجارة بيع المنافع، ولو باع المشتري العين أو بعضها؛ كان الشَّفيع مخيَّرًا بين الأخذ ممَّن هي في يده وبين الفسخ ليأخذ من المشتري.

وخامسها: أن ينفسخ ملك المؤجر، ويعود إلى من انتقل الملك إليه منه؛ فالمعروف من المذهب: أنَّ الإجارة لا تنفسخ بذلك؛ لأنَّ فسخ العقد رفع له من حينه لا من أصله[١].

وصرَّح أبو بكر في «التَّنبيه»: بانفساخ النِّكاح لو أنكحها المشتري ثمَّ ردَّها بعيب؛ بناءً على أنَّ الفسخ رفع للعقد من أصله.

وقال القاضي وابن عقيل في «خلافيهما»: الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه، والفسخ بالخيار رفع له من أصله؛ لأنَّ الخيار يمنع اللُّزومَ[٢] بالكليَّة، ولهذا يُمنَعُ معه من التَّصرُّف في المبيع وثمنه، بخلاف العيب(١).

= مستأجر، قاله في «الإنصاف».

[١] كتب على هامش (ن): (ولا يرتفع عقد التآجر).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لزوم عقد البيع).

---

(١) كتب في هامش (ب): (بلغ قراءة على الشَّيخ). وكتب على هامش (ن): (بلغ قراءة على كاتبه).

قاعدة [٣٧]

في توارد العقود وما يقارب العقود(١) المختلفة بعضها على بعض، وتداخل أحكامها.

ويندرج تحتها صور:

منها: لو(٢) رهنه شيئًا، ثمَّ أذن له في الانتفاع به؛ فهل يصير(٣) عارية حالة الانتفاع أم لا؟

قال القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «نظريَّاته»، وصاحبا «المغني» و«التَّلخيص»: يصير مضمونًا بالانتفاع[١]؛ لأنَّ ذلك حقيقة العارية.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب)

قال ابن نصر الله ﷺ: لو كان الرهن المأذون في الانتفاع به دابة وأذن له في الانتفاع به، وعلفه؛ لم يصر مضمونًا؛ لأن الانتفاع يكون بالعلف، فيصير كالعين المؤجرة، لكن ذكر في «الفروع» عن «التبصرة»: أنه يلزم المستعير مؤنة البهيمة عادة مدة كونها بيده. فعلى هذا؛ لا يزول الضمان فيه بلزوم مؤنة الدابة، إلا أن يقال: إنه إذا شرط عليه مؤنتها صار لزومها له بالشرط لا بالعادة، فيصير كالإجارة.

---

(١) قوله: (وما يقارب العقود) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و) و(ن).

(٢) في (ب): إذا.

(٣) في (ب) و(هـ): تصير.

وأورد ابن عقيل في «نظريَّاته» في وقت ضمانه احتمالين:

أحدهما: أنَّه لا يصير مضمونًا بدون الانتفاع.

والثَّاني: يصير مضمونًا بمجرد القبض إذا قبضه على هذا الشَّرط؛ لأنَّه صار ممسكًا للعين لمنفعة نفسه منفردًا بها.

وهل يزول لزومه[١] أم لا؟ ينبني على أنَّ إعارة الرَّاهن بإذن المرتهن هل يزيل لزوم الرَّهن أم لا؟ وفيه طريقتان:

إحداهما: أنَّه على روايتين، وهي طريقة «المحرَّر».

والثَّانية: إن أعاره من المرتهن؛ لم يُزِل اللُّزوم، بخلاف غيره، وهي طريقة «المغني».

وقال صاحب المحرَّر في «شرح الهداية»: ظاهر كلام أحمد أنَّه لا يصير مضمونًا بحال[٢].

ويشهد له قول أبي بكر في «خلافه»: شرط منفعة الرَّهن باطل[٣]، وهو رهن بحاله[٤].

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لزوم الرهن بالإذن للمرتهن في الانتفاع).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بل أحكام الرهن باقية بحالها).

[٣] قال ابن نصر الله ﷺ: ليس الكلام في شرط منفعة الرهن، إنما الكلام في إذن الراهن في الانتفاع بعد عقد الرهن، وأما شرطه في العقد؛ فوجه بطلانه أنه شرط ينافي مقتضى العقد.

[٤] قال ابن نصر الله ﷺ: فعلى هذا؛ إن لم ينتفع به لم يضمنه، وإن انتفع به كان متعديًا؛ لعدم صحة الشرط، فيضمنه.

ومنها: إذا أودعه شيئًا، ثمَّ أذن له في الانتفاع به؛ فقال القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «نظريَّاته»، وصاحب «التَّلخيص»: يصير مضمونًا حالة الانتفاع؛ لمصيره عارية حينئذ.

قال ابن عقيل: ولا يُضمَن بالقبض قبل الانتفاع ههنا؛ لأنَّه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردًا، بل لمنفعته ومنفعة مالكه[١]، بخلاف الرَّهن[٢].

ومن المتأخِّرين من قال: ظاهر كلام أحمد أنَّه لا يصير مضمونًا أيضًا؛ كالرَّهن.

وفرَّق صاحب «المحرَّر» بينهما[٣].

ولا اختلاف ههنا بين العقدين في الجواز؛ إلَّا أن تكون(١) مدَّة الانتفاع مؤقَّتة، فيخرَّج فيها وجه باللُّزوم من رواية لزوم العارية المؤقَّتة.

ومنها: إذا أعاره شيئًا ليرهنه؛ صحَّ، نصَّ عليه(٢)، ونقل ابن المنذر

---

[١] كتب على هامش (ن): (أشبه العين المؤجرة؛ إذ هي ممسكة بيد المستأجر لمنفعته ومنفعة المؤجر، فلا ضمان لذلك).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بل يصير مضمونًا حالة الانتفاع لا قبلها، بخلاف المرتهن؛ فإنه قبضه لمنفعة نفسه فقط، فيصير مضمونًا بمجرد الإذن له في الانتفاع على الثاني من الاحتمالين لابن عقيل).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: بين الرهن والوديعة).

---

(١) في (أ): يكون.

(٢) جاء في مسائل إسحاق بن منصور الكوسج (٦/ ٢٧٧٤): قلت: قال الثوري: كل =

الاتِّفاق عليه(١)، ويكون مضمونًا على الرَّاهن؛ لأنَّه مستعير، وأمانة عند المرتهن، نصَّ عليه.

وأمَّا اللُّزوم وعدمه؛ فقال الأصحاب: هو لازم[١] بالنِّسبة إلى الرَّاهن والمالك، لكن للمالك المطالبة بالافتكاك، فإذا انفكَّ؛ زال اللُّزوم، فرجع فيه المالك.

واستشكل ذلك[٢] الحارثيُّ، وقال: إمَّا ألَّا يكون لازمًا؛ اعتبارًا بحكم العارية، قال: وفي كلام أحمد إيماءٌ إليه، وإمَّا أن يكون لازمًا[٣]؛ فلا يملك المالك المطالبة بالافتكاك قبل الأجل، وتكون(٢) العارية هنا لازمة؛ لتعلُّق حقِّ الغير وحصول الضَّرر بالرُّجوع؛ كما في العارية لبناء حائط، ووضع خشب، وشبههما. انتهى.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: ما قاله الأصحاب).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: على المالك).

= إنسان استعار شيئًا فرهنه بإذن صاحبه، فذهب الرهن؛ رد المستعير إلى صاحبه قيمة المتاع الذي كان رهنه به. قال أحمد: نحن نقول: العارية مؤداة، وإن كان أرهنه بإذن صاحبه فلا بد له من أن يؤديه، «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

(١) قال ابن المنذر: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل الشيء يرهنه على دنانير معلومة، عند رجل سماه له، إلى وقت معلوم، فرهن ذلك على ما أذن له فيه، أن ذلك جائز). ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء ٦/ ١٩٥.

(٢) في (ب): ويكون، وفي (هـ): فتكون.

وصرَّح أبو الخطاب في «انتصاره»: بعدم لزومه، وأنَّ للمالك انتزاعه من يد المرتهن؛ فيبطل الرَّهن.

ومنها: لو أعاره شيئًا ثمَّ رهنه عنده؛ فقال أبو البركات في «الشَّرح»: قياسُ المذهب يصحُّ، ويسقط ضمان العارية؛ لأنَّها ليست لازمة[١]، وعقد هذه الأمانة لازم، ثمَّ أخذه من كلام الإمام أحمد في ورود عقد الإعارة على الرَّهن كما سبق.

ويتخرَّج في هذه المسألة ما في تلك[٢].

ومنها: ورود عقد الرَّهن على الغصب[٣]؛ فيصحُّ عندنا، ذكره أبو بكر والقاضي، ويبرأ به الغاصب.

وكذا لو أودعه عنده، أو أعاره إيَّاه، أو استأجره لخياطته أو نحوها، ذكره أبو الخطَّاب وغيره.

وذكر القاضي في «خلافه» فيما إذا استأجره لخياطته ونحوها؛ هل يبرأ به؟ على وجهين.

وذكر هو في «المجرد»، وابن عقيل في «الفصول» في المضاربة: إذا جعل المالك المغصوب مع الغاصب مضاربة؛ صحَّ[٤]، ولم يبرأ من

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: ليست عقدًا لازمًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: من القول بعدم صحة ورود الإعارة على الرهن كالقول بعدم صحة ورود الرهن على الإعارة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: إذا كانت العين موجودة بيد الغاصب).

[٤] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

ضمانه، إلَّا أن يدفعه ثمنًا فيما يشتري به[١]، فيبرأ حينئذٍ[٢] من الضَّمان.

وعلى قول أبي الخطَّاب: يبرأ في الحال[٣].

ومنها: رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه[٤]، على ثمنه أو غيره - إذا قيل بصحَّته[٥] -؛ يزول به الضَّمان[٦] على قياس الَّتي قبلها؛ لأنَّ يده صارت يد ارتهان.

ومنها: لو قال الرَّاهن للمرتهن: إن جئتك بحقِّك إلى وقت كذا وإلَّا فالرَّهن لك بالدَّين، وقَبِل ذلك؛ فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثمَّ يصير مضمونًا؛ لأنَّ قبضه صار بعقد فاسد، ذكره القاضي وابن عقيل.

والمنصوص عن أحمد في رواية محمَّد بن الحسن بن هارون(١):

---

[١] كتب في هامش (و): (أي: المضارب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لا بمجرد جعله مضاربة).

[٣] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (كالمكيل والموزون والمعدود والمذروع).

[٥] كتب على هامش (ن): (والقول الثاني: لا يصح، وهو المذهب).

[٦] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي: كما هو إحدى الروايتين في التصرف فيه مع بائعه.

---

(١) هو محمد بن الحسن بن هارون بن بدينا، أبو جعفر الموصلي، سكن بغداد وحدث بها عن الإمام أحمد وروى عنه مسائل، وروى عنه أبو بكر الخلال وصاحبه عبد العزيز، وتوفي سنة (٣٠٣هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٨٨.

أنَّه لا يضمنه بحال، ذكره القاضي في «الخلاف»؛ لأنَّ الشَّرط يفسد، فيصير وجوده كعدمه.

ومنها: لو كاتب المدبَّر أو دبَّر المكاتب؛ صحَّ، نصَّ عليه، ثمَّ إن مات السَّيِّد ولم يؤدِّ العبد من الكتابة شيئًا؛ عَتَق بالتَّدبير من الثُّلث.

وهل يكون كسبه له؛ كما لو عَتَق في حياة السَّيد وهو مكاتب، أو للورثة؛ كعتقه بالتَّدبير؟ على وجهين[١].

وهكذا حكم اجتماع الاستيلاد والكتابة؛ إلَّا أنَّها تَعْتِق من رأس المال.

ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدلُّ على بطلان التَّدبير بالكتابة؛ بناءً على أنَّ التَّدبير وصيَّة، فيبطل بالكتابة.

[١] كتب على هامش (ن): (أصحهما: للورثة).

قاعدة [٣٨]

فيما إذا وُصل بألفاظ العقود ما يُخرِجها عن موضوعها؛ فهل يفسد العقد بذلك[١]، أو يُجعل كنايةً عمَّا يُمكن صحَّته على ذلك الوجه؟

فيه خلاف يلتفت إلى أنَّ المغلَّب هل هو اللَّفظ، أو المعنى[٢]؟

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: لو أعاره(١) وشرط عليه العوض؛ هل يصحُّ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يصحُّ[٣]، ويكون كناية[٤] عن القرض، فيملكه بالقبض إذا كان مكيلًا أو موزونًا، ذكره أبو الخطَّاب في «انتصاره».

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بإيصالها بما يخرجها عن موضوعها).

[٢] كتب في هامش (ن): (وهذه المعبَّر عنها بأنه: هل الاعتبار بألفاظ العقود، أو بمعانيها؟ وعلم من كلام الشيخ أن ذلك مخصوص بالعقود).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] في (ن): وتكون كناية. وكتب على هامشها: (أي: العارية التي شرط العوض فيها).

(١) في (ب) و (د): أعاره شيئًا.

وكذلك ذكر القاضي في «خلافه»، وأبو الخطَّاب في موضع من «رؤوس المسائل»: أنَّه يصحُّ عندنا شرط العوض في العارية[١] كما يصحُّ شرط العوض في الهبة؛ لأنَّ العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك.

مع أنَّ القاضي قرَّر أنَّ الهبة المشروط فيها العوض ليست بيعًا، وإنَّما الهبة تارة تكون تبرُّعًا، وتارة تكون بعوض، وكذلك العتق، ولا يخرجان من موضوعهما[٢]؛ فكذلك العارية، فهذا مأخذٌ آخر للصِّحَّة.

والوجه الثَّاني: أنَّها تفسد بذلك[٣]، وجعله أبو الخطَّاب في موضع آخر المذهبَ؛ لأنَّ العوض يخرجها عن موضوعها.

وفي «التَّلخيص»: إذا أعاره عبدَه على أن يعيره الآخر فرسه؛ فهي إجارة فاسدة غير مضمونة[٤].

وهذا رجوع إلى أنَّها[٥] كناية[٦] في عقد آخر[٧]، والفساد إمَّا أن يكون لاشتراط عقد في عقد آخر، وإمَّا لعدم تقدير المنفعتين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: التي هي هبة منفعة كما يصح في هبة العين).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: باشتراط العوض فيهما).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: بشرط العوض).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: ضمان عارية؛ لأن شأن العارية أن تكون مضمونة).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: العارية).

[٦] كتب على هامش (ن): (أي: كناية عن الإجارة).

[٧] كتب في هامش (ن): (وهو الإجارة).

وعليه خرَّجه الحارثيُّ، قال(١): (وكذلك لو قال: أعرتك عبدي لتمونه، أو دابَّتي لتعلفها)، وهذا يرجع إلى أنَّ مؤنة العارية على المالك[١]، وقد صرَّح الحلوانيُّ في «التَّبصرة» بأنَّها على المستعير[٢].

ومنها: لو قال: خذ هذا المال مضاربةً والرِّبح كلُّه لك، أو: لي؛ فقال القاضي وابن عقيل: هي مضاربة فاسدة يَستَحِقُّ فيها(٢) أجرة المثل.

وكذلك قال صاحب «المغني»؛ لكنَّه قال: لا يستحقُّ شيئًا في الصُّورة الثَّانية؛ لأنَّه دخل على أنَّه لا شيء له ورضي به. وقاله ابن عقيل في موضع آخر من المساقاة[٣].

وقال في «المغني» في موضع آخر: إنَّه إبضاع[٤] صحيح. فراعى

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: فلا يكون اشتراط المؤنة مفسدًا لعقد العارية).

[٣] كتب على هامش (ن): (قال القاضي: الربح لم يوجد بعد، ولا تصح هبته. من هامش النسخة المعتمدة).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: فيما إذا قال: والربح كله لي، والإبضاع: أن لا يكون للعامل حق في الربح، فلا يكون شركة بينهما).

(١) في (ب): (وزاد) مكان: (قال). وفي (د) و(هـ) و(و) و(ن): وقال.

(٢) في (أ): فيهما.

الحكم دون اللَّفظ، وعلى هذا؛ فيكون(١) في الصُّورة الأولى قرضًا(٢)[١].

ومنها: لو استأجر المكيل والموزون، أو النُّقود، أو الفلوس، ولم يذكر ما يستأجرها له؛ فقال القاضي في «خلافه» في الإجارات: يصحُّ ويكون قرضًا[٢].

ولنا وجه آخر: أنَّه لا يصحُّ[٣].

ومنها: لو أجَّره الأرض بثلث ما يخرج منها من زرع؛ نصَّ أحمد على صحَّته(٣)، واختلف الأصحاب في معناه.

فقال القاضي: هي إجارة على حدِّ المزارعة، تصحُّ بلفظ الإجارة، وحكمها حكمها[٤].

وقال أبو الخطَّاب وابن عقيل وصاحب «المغني»: هي مزارعة بلفظ

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: لا حق لرب المال فيه، فلا يكون الربح شركة بينهما).

[٢] كتب على هامش (ن): (إنما يصح جعله قرضًا إذا كان المسمى في عقد الإجارة بقدر المقبوض ومن جنسه).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي: المزارعة.

---

(١) في (أ): فيكون على هذا. وفي (و): فتكون.

(٢) في (أ): توكيلًا. والمثبت موافق لما نقله صاحب الإنصاف عن القواعد.

(٣) نص عليه في رواية الجماعة. ينظر: المقنع ص ٢٠١.

الإجارة؛ فتصحُّ على قولنا: يجوز أن يكون البذر من العامل، وإلَّا فلا.

ومنها: لو أسلم في شيء حالًّا[١]؛ فهل يصحُّ ويكون بيعًا، أو لا يصحُّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلام أحمد في رواية المروذيِّ: لا يصحُّ البيع بلفظ السَّلم[٢].

والثَّاني: يصحُّ، قاله القاضي في موضع من «خلافه».

ومنها: إذا قال: أنت عليَّ حرام؛ أعني به: الطَّلاق، وقلنا: الحرام صريح في الظِّهار؛ فهل يلغو تفسيره ويكون ظهارًا، أو يقبل(١) ويكون طلاقًا؟ على روايتين[٣].

ومنها: لو قال له في دين السَّلم: صالحني منه على مثل الثَّمن؛ قال القاضي: يصحُّ[٤]، ويكون إقالة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (كأن يقول: أسلمتك، أو أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (أصحهما: أنه يصح، ويكون طلاقًا ثلاثًا). وقال في الإنصاف معلقًا على كلام ابن رجب (٢٢/ ٢٧٣): (قلت: الذي يظهر أنه طلاق؛ قياسًا على نظيرتها المتقدمة).

[٤] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: يصح.

وقال هو وابن عقيل: لا يجوز بيع الدَّين من الغريم بمثله؛ لأنَّه نفس حقِّه.

فيخرَّج في المسألتين وجهان؛ التفاتًا إلى اللَّفظ والمعنى.

قاعدة [٣٩]

في انعقاد العقود بالكنايات

واختلف الأصحاب في ذلك:

فقال القاضي في مواضع: لا كناية إلَّا في الطَّلاق والعتاق، وسائر العقود لا كناية لها.

وذكر أبو الخطاب في «الانتصار» نحوه، وزاد: ولا تحلُّ العقود بالكنايات غير النِّكاح والرِّقِّ.

وقال في موضع آخر منه: تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النِّكاح؛ لاشتراط الشَّهادة عليه، وهي لا تقع على النِّيَّة.

وأشار إليه صاحب «المغني» أيضًا، وكلام كثير من الأصحاب يدلُّ عليه[(١)]، وهل المعاطاة الَّتي ينعقد بها البيع والهبة ونحوهما إلَّا كنايات؟!

وكذلك كنايات الوقف ينعقد به[(٢)] في الباطن إذا لم يقترن به حكمه أو أحد ألفاظه؛ فأمَّا إذا اقترن ذلك به أو نواه؛ فإنَّه ينعقد به الظَّاهر

(١) في (ب): يدل عليه أيضًا.

(٢) في (ب) و(و): تنعقد به. وكتب على هامش (ن): (صوابه: بها).

أيضًا، صرَّح به الحلوانيُّ.

وقد تقدَّم في القاعدة الَّتي قبلها كثير من فروع هذه القاعدة.

ومنها: لو آجره عينًا بلفظ البيع؛ ففي الصِّحَّة وجهان[١].

وقال صاحب «التَّلخيص»: إن أضاف البيع إلى العين؛ لم يصحَّ، والوجهان في إضافتها إلى المنفعة.

ومنها: الرَّجعة بالكنايات إن اشترطنا الإشهاد عليها؛ لم يصحَّ، وإلَّا فوجهان[٢].

وأطلق الوجهين صاحب «التَّرغيب» وغيره. والأجود ما ذكرنا.

فأمَّا قوله لأمته: أعتقتك وجعلت عتقك صَداقك؛ فجعله ابن حامد كناية[٣]، ولم ينعقد(١) به النِّكاح حتَّى يقول: وتزوَّجتك.

---

[١] كتب على هامش (ن): (في «الانتصار»: لو قال: بعتك منفعة هذه العين، هل يصح؟ على وجهين).

وفي هامش (ج): (قال في التنقيح: ويصح بلفظ البيع، وهو الصحيح).

[٢] كتب على هامش (ن): (كلفظ النكاح والتزويج).

[٣] كتب في هامش (أ): (قوله: "فجعله..."إلخ: بمعنى صيَّره، فعدِّي إلى مفعولين، فننصبهما غالبًا، الأوَّل الضَّمير من جعله، والثَّاني قوله: "كنايةً"، بفتح التَّاء المثنَّاة فوق، "ابن"؛ بالرَّفع، و"حامد" مضاف إليه، والتَّقدير: جعله كناية ابن حامد، فتأمَّل، كاتبه الفقير عبده عثمان بن مزيد).

---

(١) في (أ): يعقد.

وقال القاضي: هو صريح بقرينة ذكر الصَّداق، فإنَّ الصَّريح قد يكون مجازًا إذا اشتهر وتبادر فهمه؛ ولو مع القرينة، وفسَّره القاضي بأنَّه الظَّاهر، ولا يشترط أن يكون نصًّا.

وكلام أحمد صريح في أنَّ هذا اللَّفظ كنايةٌ؛ فإنَّه قال في رواية صالح: إذا قال: أجعل عتقك صداقك، أو قال: صداقك عتقك؛ كلٌّ ذلك جائز، إذا كانت له نيَّةٌ فنيَّته(١)[١].

فصرَّح باعتبار النِّية له، وتأوَّله القاضي بتأويل بعيد جدًّا.

وكذلك نصَّ أحمد(٢) على ما إذا قال الخاطب للوليِّ: أزوَّجْتَ وليَّتك؟ فقال: نعم، وقال للمتزوِّج: أَقَبِلْتَ؟ قال: نعم، أنَّ النِّكاح ينعقد به، وذكره الخرقيُّ.

و(نعم) ههنا: كنايةٌ؛ لأنَّ التَّقدير: نعم زوَّجتُ، ونعم قبلتُ، وأكثر ما يقال: إنها صريحة في الإعلام بحصول الإنشاء؛ فالإنشاء إنَّما استفيد منها، وليس فيها من ألفاظ صرائح الإنشاء شيء؛ فيكون كناية عن لفظ النِّكاح وقبوله.

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: فنيته معتبرة).

---

(١) في (و): فبنيَّته. وفي (أ) و(ج) و(هـ): فنيته عتقك.
جاء في مسائل صالح (٣/ ٨٣)، قال: قلت: الرجلُ يعتق الأمة فيقول: أجعل عتقك صداقك، أو صداقك عتقك؟ قال: كلٌّ جائز، إذا كانت له نية فنيته.

(٢) قوله: (أحمد) سقط من (أ) و(ج) و(و).

قاعدة [٤٠]

الأحكام المتعلِّقة بالأعيان بالنِّسبة إلى تبدُّل الأملاك واختلافها عليها نوعان:

أحدهما: ما يتعلَّق الحكم فيه بملك واحد، فإذا زال ذلك الملك؛ سقط الحكم، وصور ذلك كثيرة:

منها: الإجارة، فمن استأجر شيئًا مدَّة، فزال ملك صاحبه عنه بتملُّك قهريٍّ[١] يشمل العين والمنفعة، ثمَّ عاد إلى ملك المؤجر والمدَّة باقية؛ لم تعد الإجارة، هذا هو الظَّاهر؛ لأنَّ ملك المستأجر زال عن المنافع، وثبت له الرُّجوع على المالك بقسطه من الأجرة، فإذا استوفاه منه؛ لم يبقَ له حقٌّ، فتعود العين بمنافعها ملكًا للمؤجر.

أمَّا إن لم يستوفِ شيئًا؛ فقد سبق نظائرها في قاعدة: من تعذَّر عليه الأصل واستقرَّ حقُّه في البدل، ثمَّ وجد الأصل(١)؛ فيحتمل وجهين، والأظهر هنا عدم استحقاق المنافع؛ لأنَّ حقَّه سقط منها وانتقل إلى بدلها.

[١] كتب على هامش (ن): (كاستيلاء الكفار على ذلك الملك).

(١) ينظر قاعدة [١٦]، (١/١٢٧).

ومنها: الإعارة، فلو أعاره شيئًا، ثمَّ زال ملكه عنه، ثمَّ عاد؛ لم تعد الإعارة.

ومنها: الوصيَّة تبطل بإزالة الملك، ولا تعود[(١)] بعوده.

ومنها: الهبة قبل القبض وسائر العقود الجائزة كالوكالة وغيرها.

ومنها: لو أذن السَّيِّد لعبده في النِّكاح، فتزوَّج ثمَّ طلَّق، فإن كان الطَّلاق رجعيًّا؛ فله الرَّجعة بدون إذن السَّيِّد، ذكره القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب؛ لأنَّ الملك قائم بعدُ، وإن كان بائنًا لم يملك إعادتها بدون إذن[(٢)]؛ لأنَّه تجديد ملكٍ، والإذن مطلقٌ؛ فلا يتناوَل أكثر من مرَّة.

النَّوع الثَّاني: ما يتعلَّق الحكم فيه بنفس العين من حيث هي تعلُّقًا لازمًا؛ فلا يختصُّ تعلُّقه بملك دون ملك، وله صور:

منها: الرَّهن، فإذا رهن عينًا رهنًا لازمًا، ثمَّ زال ملكه عنها بغير اختياره، ثمَّ عاد؛ فالرَّهن باق بحاله؛ لأنَّه وثيقة لازمة للعين، فلا تنفكُّ بتبدُّل الأملاك؛ كأرش الجناية؛ غير أنَّ الأرش لازم لرقبة الجاني بدون القبض، والرَّهن لا يلزم أو لا يصحُّ بدون القبض.

وذكر الأصحاب صورًا يعود فيها الرَّهن بعود الملك:

منها: لو سبى الكفَّار العبد المرهون، ثمَّ استُنقِذ منهم؛ عاد رهنًا بحاله، نصَّ عليه أحمد.

---

(١) في (ب): يعود.

(٢) في (ب) و(هـ): بغير إذنه. وفي (ج) و(ن): بغير إذن. وفي (د): بدون إذنه.

ومنها: لو تخمَّر العصير المرتهن ثم تخلَّل؛ فإنَّه يعود رهنًا كما كان.

وكذلك يعود الرَّهن بعد زواله وإن كان ملك الرَّاهن باقيًا عليه في مواضع:

منها: لو صالحه من دين الرَّهن على ما يشترط قبضه في المجلس؛ صحَّ الصُّلح، وبرئت ذمَّته من الدَّين، وزال الرَّهنُ، فإن تفرَّقا قبل القبض؛ بطل الصُّلح، وعاد الدَّين والرَّهن بحاله.

ومنها: ما قاله أبو بكر: إنَّه إن أعاد الرَّهن إلى الرَّاهن؛ بطل[١] الرَّهن، فإن عاد إليه عاد رهنًا كما كان.

وفي كلام أحمد نحوه، وتأوَّله القاضي وابن عقيل على أنَّه بطل لزومُه؛ لأنَّه لو بطل بالكليَّة لم يعد بدون عقد، وهذا باطل بمسألة الصُّلح، وقد وافقا عليها، والظَّاهر أنَّ الرَّهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن.

ومن صور هذا(١) النَّوع: المكاتب؛ فإنَّ الكتابة عقدٌ لازمٌ ثابتٌ في الرَّقبة؛ فلا يسقط بانتقال الملك فيه.

ومنها: الأضحية المعيَّنة[٢]، فإنَّ الحقَّ ثابتٌ في رقبتها لا يزول

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بطلانًا مراعًى).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: المعينة عن واجب في الذمة، بخلاف المعينة ابتداء؛ فإنها لو تعيَّبت لم تخرج عن كونها أضحية، بل يذبحها ويجزئه).

---

(١) قوله: (هذا) سقط من (أ) و(ج) و(و).

بدون اختيار المالك[١]، فإذا تعيَّبت؛ خرجت عن كونها أضحية، فإذا زال العيب؛ عادت أضحية كما كانت، ذكره ابن عقيل في «عُمَدِه».

ومنها: التَّدبير على إحدى الرِّوايتين.

ومنها: رجوع الزَّوج في نصف الصَّداق بعد الفرقة؛ فإنَّه يستحقُّه؛ سواء كان قد زال ملك الزَّوجة عنه ثمَّ عاد أو لم يَزُل؛ لأنَّ حقَّه يتعلَّق(١) بعينه.

ومنها: عُروض التِّجارة إذا خرجت عن ملكه بغير اختياره، ثمَّ عادت؛ فإنَّه لا ينقطع الحول بذلك، كما إذا تخمَّر العصير ثمَّ تخلَّل، ذكره ابن عقيل وغيره.

ومنها: صفة الطَّلاق تعود بعَوْدِ النِّكاح، وسواء وجدت في زمن البينونة أو لم توجد على المذهب الصَّحيح.

ومنها: صفة العتق تعود بعود ملك الرَّقيق في أشهر الرِّوايتين.

وفي الأخرى: لا تعود إذا وجدت الصِّفة بعد زوال الملك.

وفرَّق القاضي بين الطَّلاق والعتاق: بأنَّ ملك الرَّقيق لا ينبني فيه أحد الملكين على الآخر[٢]، بخلاف النِّكاح؛ فإنَّه يبنى فيه أحد

---

[١] كتب على هامش (ن): (بل يجوز إبدالها باختيار المالك بخير منها).

[٢] كتب على هامش (ن): (قد يقال: إن ملك الرقيق ينبني فيه أحد الملكين على الآخر، وذلك فيما إذا وطئ أمة له، ثم باعها ووطئ أختها بالملك، ثم عادت الأولى إلى ملكه، فأشهر الوجهين: أن الفراش يعود، فقد انبنى =

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: متعلق.

الملكين على الآخر في عدد الطَّلقات على الصَّحيح.

وهذا التَّفريق لا أثر له؛ إذ لو كان معتبرًا لم يشترط لعدم الحنث وجود الصِّفة في غير الملك.

ومنها: الرَّدُّ بالعيب لا يمتنع بزوال الملك إذا لم يدلَّ على الرِّضى.

وههنا صور مختلف في إلحاقها بأحد النَّوعين، وهي محتملة[١]:

فمنها: رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا أخرجه الابن عن ملكه ثمَّ عاد إليه؛ فهل يسقط حقُّه من الرُّجوع أم لا؟

ومنها: رجوع غريم المفلس في السِّلعة الَّتي وجدها بعينها، وكان المفلس قد أخرجها عن ملكه ثمَّ عادت إليه.

وفي المسألتين ثلاثة أوجه:

أحدها: لا حقَّ لهما فيها؛ لأنَّ حقَّهما يتعلّق(١) بالعقد الأوَّل المتلقَّى عنهما، والثَّاني غير متلقًّى عنهما، فلا يستحقَّان فيه رجوعًا(٢).

= في ملك الرقيق أحد الملكين على الآخر، حيث اعتبر حكم الفراش في الملك الثاني؛ لوقوعه في الملك الأول، وستأتي المسألة في هذه الصفحة).

[١] كتب على هامش (ن): (ومنها: إذا تصرف الملتقط في العين بعد الحول ببيع، ثم عادت، ثم جاء صاحبها؛ فإنه يستحقها، ويُطلب الفرق بين مسألة =

(١) في (ب) وباقي النسخ: متعلق.

(٢) قوله: (والثَّاني غير متلقًّى عنهما فلا يستحقَّان فيه رجوعًا) مضروب عليه في (ب).

والثَّاني[١]: لهما الرُّجوع؛ نظرًا إلى أنَّ حقَّهما ثابت في العين، وهي موجودة؛ فأشبه الرَّدَّ بالعيب.

والثَّالث[٢]: إن عاد بملك جديد سقط حقُّهما، وإن عاد بفسخ العقد(١) فلهما الرُّجوع؛ لأنَّ الملك العائد بالفسخ تابعٌ للملك الأوَّل؛ فإنَّ الفسخ رفع للعقد الحادث(٢)؛ فيعود الملك كما كان.

ومنها: الفراش، فإذا وطئ أمة له، ثمَّ باعها ووطئ أختها بالملك[٣]، ثمَّ عادت الأولى إلى ملكه؛ فهل يعود الفراش أم لا؟ على وجهين:

أشهرهما: أنَّه يعود، وهو المنصوص؛ فيجب عليه اجتنابهما؛ حتَّى يحرِّم إحداهما.

والثَّاني: له استدامة استفراش الثَّانية ويجتنب الرَّاجعة؛ لزوال الفراش فيها بزوال الملك، وهو اختيار صاحب «المحرَّر».

= الصداق ومسألة اللقطة، حيث لم يرد فيهما خلاف، وبين العين الموهوبة للولد، ويُعجب من إهمال المصنف مسألة اللقطة وهي في «المغني»).

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب في مسألة الغريم).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب في مسألة الأب).

[٣] كتب في هامش (ب) و(هـ): (الأولى أن يقال: بالملك وغيره).

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): للعقد.

(٢) زاد في (د) و(هـ): (من أصله على قول)، وكتبت في هامش (ب) وعليها إشارة حاشية.

قاعدة [٤١]

إذا تعلَّق بعينٍ حقٌّ تعلُّقًا لازمًا، فأتلفها من يلزمه الضَّمان؛ فهل يعود الحقُّ إلى البدل المأخوذ من غير عقد آخر؟ فيه خلاف.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: لو أتلف الرَّهنَ متلِفٌ، وأُخذت قيمته؛ فظاهر كلامهم: أنَّها تكون رهنًا بمجرَّد الأخذ.

وفرَّع القاضي على ذلك: أنَّ الوكيل في بيع المتلف[١] يملك بيع البدل المأخوذ بغير إذن جديد.

وخالفه صاحبا «الكافي» و«التَّلخيص»، وظاهر كلام أبي الخطَّاب في «الانتصار» في مسألة إبدال الأضحية: أنَّه لا يصير رهنًا إلَّا بجعل الرَّاهن.

ومنها: الوقف إذا أتلفه متلِفٌ، وأخذت قيمته فاشترى بها بدله؛ فهل يصير وقفًا بدون إنشاء الوقف عليه من النَّاظر؟ حكى بعض الأصحاب في ذلك وجهين.

ومنها: إذا أتلف الأضحيةَ متلِفٌ، وأخذت منه القيمة أو باعها من

---

[١] كتب على هامش (ن): (إذا وكَّل، - أي: في بيع القمح مثلًا - فأتلف القمحَ متلِفٌ، فأخذ الوكيل بدله؛ فهل للوكيل بيع البدل؟).

أوجبها، ثمَّ اشترى بالثَّمن أو بالقيمة مثلها؛ فهل تصير متعيِّنة[١] بمجرَّد الشِّراء؟ يتخرَّج على الوجهين.

ومنها: الموصى له بعين إذا أتلفها متلفٌ بعد الموت وقبل القبول؛ فحقُّه باق في بدلها.

(١) في (ب) و(هـ): معيَّنة.

قاعدة [٤٢]

في أداء الواجبات الماليَّة.

وهي منقسمة إلى دين وعين:

فأمَّا الدَّين؛ فلا يجب أداؤه بدون مطالبة المستحِقِّ إذا كان آدميًّا، حتَّى ذكر ابن عقيل في جواز السَّفر قبل المطالبة وجهين.

وهذا ما لم يكن قد عيَّن له وقتًا للوفاء.

فأمَّا إن عيَّن وقتًا كيوم كذا؛ فلا ينبغي أن يجوز تأخيره عنه؛ لأنَّه لا فائدة للتَّوقيت إلَّا وجوب الوفاء فيه بدون مطالبته، فإنَّ تعيين الوفاء فيه أولًا كالمطالبة به.

وأمَّا إن كان الدَّين لله ﷻ؛ فالمذهب: أنَّه يجب أداؤه على الفور؛ لتوجُّه الأمر بأدائه من الله ﷻ، ودخل في ذلك الزَّكاة والكفَّارات والنُّذور، وقد نصَّ أحمد على إجبار المظاهِر على الكفَّارة في رواية ابن هانئ(١)[١].

---

[١] كتب على هامش (ج) و (ن): (ذكر جماعة من الأصحاب في مسائل =

---

(١) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ٢٣٨): وسئل عن الرجل يقول: إن كلمت فلانًا - رجلًا قد سمّاه - فامرأته عليه مثل أمّه، فكلمه؟ قال: عليه كفارة الظهار: عتق رقبة، فإن لم يجد، فصيام شهرين، فإن لم يستطع، فإطعام ستين مسكينًا.

وأمَّا العين؛ فأنواع:

منها: الأمانات الَّتي حصلت في يد المؤتمن برضى صاحبها؛ فلا يجب أداؤها إلَّا بعد المطالبة منه، ودخل في ذلك الوديعة، وكذلك أموال الشَّركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها.

ومنها: الأمانات الحاصلة في يده بدون رضى أصحابها؛ فيجب المبادرة إلى ردِّها مع العلم بمستحِقِّها والتَّمكُّن منه، ولا يجوز التَّأخير مع القدرة، ودخل في ذلك اللُّقَطَةُ إذا علم صاحبها، والوديعة والمضاربة والرَّهن ونحوها إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه؛ فإنَّه لا يجوز الإمساك بدون إذنٍ؛ لأنَّ المالك لم يرضَ به.

وكذلك من أطارت الرِّيح إلى داره ثوبًا لغيره، لا يجوز له الإمساك مع العلم بصاحبه.

ثمَّ إنَّ كثيرًا من الأصحاب قالوا ههنا: الواجب الرَّدُّ.

وصرَّح كثير منهم بأنَّ الواجب أحد شيئين: إمَّا الرَّدُّ، أو الإعلام، كما في «المغني» و«المحرَّر» و«المستوعب» ونحوه ذكر ابن عقيل، وهو مراد غيرهم؛ لأنَّ مؤنة الرَّدِّ لا تجب عليه، وإنَّما الواجب التَّمكين من الأخذ.

= القسم: أنه لا يجوز أن يقسم لكل امرأة من نسائه أكثر من ليلة واحدة؛ لأن فيه تأخير الحق الواجب ولا يجوز؛ كالدين الحالِّ، وممن ذكر هذا القاضي في «الجامع» وصاحب «المغني» فيه). وزاد في (ن): (من هامش النسخة المعتبرة).

ثمَّ إنَّ الثَّوب هل يحصل في يده بسقوطه في داره من غير إمساك له أم لا؟ قال القاضي: لا يحصل في يده بذلك.

وخالف ابن عقيل، والخلاف هنا منزَّل على الخلاف فيما حلَّ في أرضه من المباحات؛ هل يملكها بذلك أم لا[١]؟

وكذلك حكم الأمانات إذا فسخها المالك؛ كالوديعة، والوكالة، والشركة، والمضاربة؛ يجب الرَّدُّ على الفور؛ لزوال الائتمان، صرَّح به القاضي في «خلافه»، وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته.

وظاهر كلامه: أنَّه يجب فعل الرَّدِّ، فإنَّ العلم هنا حاصل للمالك.

وكذلك جعل ضمان الزَّكاة مبنيًّا على حصولِها في يده بغير رضى المستحِقِّ، وأوجب عليه البداءة بالدَّفع، وقاسها على اللُّقَطَة ونحوها؛ فدلَّ على أنَّ فعل الدَّافع في هذه الأعيان عنده واجب.

وعلى قياس ذلك: الرَّهن بعد استيفاء الدَّين، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدَّة.

وذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة: أنَّه لا يجب على المستأجر فعل الرَّدِّ، ومنهم من ذكر في الرَّهن كذلك، وسيأتي في القاعدة الَّتي تليها.

وأمَّا الأعيان المملوكة بالعقود قبل تقبيضها؛ فالأظهر أنَّها من هذا القبيل؛ لأنَّ المالك لم يرضَ بإبقائها في يد الآخر؛ فيجب التَّمكين من الأخذ ابتداءً؛ بدليل أنَّه لا يجوز عندنا حبس المبيع على الثَّمن.

---

[١] كتب على هامش (ن): (الصحيح: أنه لا يملكها بذلك).

وذكر ابن عقيل في الصَّداق: أنَّه إذا تلف(١) قبل المطالبة أو بعدها وقبل التَّمكُّن(٢) من الأداء؛ أنَّه لا يضمن؛ كسائر الأمانات، وقاسه على من أطارت الرِّيح إلى داره ثوبًا.

وهذا الكلام فيه نظرٌ؛ فإنَّ الثَّوب لا يقف ضمانُه على المطالبة، لكنَّ مراده - والله أعلم -: أنَّ العلم[١] يكفي، فمتى كان المالك عالمًا ولم يطلب فلا ضمان إذا لم تكن مؤنة الرَّدِّ واجبة على من هو عنده، وهذا حسن.

ومنها: الأعيان المضمونة؛ فيجب المبادرة إلى الرَّدِّ بكلِّ حال، وسواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله.

فالأوَّل: كالعواري، يجب ردُّها إذا استوفى منها الغرض المستعار له، قاله الأصحاب.

وهذا إذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه؛ متوجِّه، وسواء طالب المالك أو لم يطالب؛ لأنَّها من قبيل المضمونات؛ فهي شبيهة بالغُصُوبِ.

وكذا حكم المقبوض للسَّوم.

ويستثنى من ذلك: المبيع المضمون على بائعه؛ فلا يجب عليه

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: علم مالك الثوب به).

---

(١) في (ب): أتلف.

(٢) في (ب): التمكين.

سوى تمييزه وتمكين المشتري من قبضه؛ لأنَّ نقله على المشتري دون البائع.

والثَّاني: كالغصوب(١)، والمقبوض بعقد فاسد، ونحوهما.

والثَّالث: كالزَّكاة إذا قلنا: تجب في العين[١]؛ فتجب المبادرة إلى الدَّفع إلى المستحِقِّ مع القدرة عليه من غير ضرر؛ لأنَّها من قبيل المضمونات عندنا.

وكذلك الصَّيد إذا أحرم وهو في يده، أو حصل في يده بعد الإحرام بغير فعل منه[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وإن قلنا: يتعلق بالذمة؛ فيكون من قبيل الديون، وقد تقدم الكلام على الملك، فليراجع).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: فإنه يجب عليه إطلاقه مبادرًا).

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: كالمغصُوب.

قاعدة [٤٣]

فيما يُضمَن من الأعيان بالعقد أو باليد.

القابض لمال غيره لا يخلو؛ إمَّا أن يقبضه بإذنه أو بغير إذنه:

فإن قبضه بغير إذنه؛ فإن استند إلى إذن شرعي؛ كاللُّقَطَة؛ لم يضمن، وكذا إن استند إلى إذن عرفيٍّ؛ كالمنقذ لمال غيره من التَّلف ونحوه، وحكى في «التَّلخيص» وجهًا بضمان هذا، وفيه بُعْد.

ونصَّ أحمد على أنَّ من أخذ عبدًا آبقًا ليردَّه، فَأَبَق منه؛ فلا ضمان عليه(١)، لكن قد يقال: هنا إذن شرعيٌّ في أخذ الآبق ليردَّه(٢).

وإن خلا عن ذلك كلِّه[١]؛ فهو متعدٍّ، وعليه الضَّمان في الجملة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: عن الإذن الشرعي والعرفي في القبض).

---

(١) جاء في مسائل إسحاق بن منصور (٦/ ٢٧٧٩): (قلت: رجل أخذ عبدًا آبقًا، فأَبَق منه؟ قال: ليس عليه شيء).

(٢) يشير إلى ما رواه ابن أبي شيبة (٢١٩٣٨): عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار، قالا: ما زلنا نسمع: «أن النبي ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد خارجًا من الحرم دينارًا أو عشرة دراهم».

ورواه ابن أبي شيبة (٢١٩٤٠) عن سعيد بن المسيب: «أن عمر رضي الله عنه جَعل في جُعْل الآبق دينارًا أو اثني عشر درهمًا». =

هذا إذا كان أصل القبض غير مستندٍ إلى إذن، أمَّا إن وجد استدامةُ قبض من غير إذن في الاستدامة؛ فهٰهنا ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون عَقَد على ملكه عقدًا لازمًا ينقل الملك فيه[١]، ولم يقبضه المالك بعدُ، فإن كان ممتنعًا من تسليمه؛ فهو غاصب، إلَّا حيث يجوز الامتناع من التَّسليم؛ لتسليم العوض على وجهٍ، أو لكونه رهنًا عنده، أو لاستثنائه منفعته مدَّة.

وأمَّا إن لم يكن ممتنعًا من التَّسليم، بل باذلًا له؛ فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب، إلَّا أن يكون المعقود عليه مبهمًا لم يتعيَّن بعد؛ كقفيز من صُبْرَة، فإنَّ عليه ضمانه في الجملة.

وبماذا يخرج من ضمانه؟

قال الخرقيُّ والأصحاب: لا يزول ضمانه بدون قبض المشتري.

وهل يحصل القبض بمجرَّد التَّخلية مع التَّمييز، أو لا يحصل بدون النَّقل فيما ينقل؟ على روايتين.

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كالبيع).

= ورواه ابن أبي شيبة (٢١٩٤١)، والبيهقي (١٢١٢٤) من طريق الشعبي، عن الحارث، عن علي رضي الله عنه في جُعْل الآبق دينار، قريبًا أُخِذ أو بعيدًا.
ورواه عبد الرزاق (١٤٩١١)، وابن أبي شيبة (٢١٩٣٩)، والبيهقي (١٢١٢٥) عن أبي عمرو الشيباني: «أن رجلًا أصاب عبدًا آبقًا بعين التمر، فجاء به، فجعل ابن مسعود رضي الله عنه فيه أربعين درهمًا»، قال البيهقي: (وهذا أمثل ما روي في هذا الباب).

فإن اعتبرنا النَّقل[١]؛ امتدَّ الضَّمان إليه.

وهل يسقط بتفريط المشتري في النَّقل؟ على وجهين:

أشهرهما: أنَّه يسقط به.

والثَّاني: لا يسقط حتَّى يوجد النَّقل بكلِّ حال، وذكر القاضي في «خلافه» في مسألة الجوائح أنَّه ظاهر كلام أحمد، وفيه بُعدٌ، ثمَّ وجدته منصوصًا صريحًا عن أحمد في الثَّمرة المشتراة قبل بدوِّ(١) صلاحها بشرط القطع[٢] إذا أخَّره(٢) المشتري حتَّى تلفت بجائحة قبل صلاحها: أنَّها من ضمان البائع؛ معلِّلًا بأنَّها في ملك البائع وفي نخله، نقله عنه الحسن بن ثواب(٣).

وإن اعتبرنا التَّخلية[٣] مع التَّمييز[٤] - وهو الصَّحيح -؛ فلأنَّه

[١] كتب على هامش (ن): (وهو الصحيح، ولو صحَّح المصنف الرواية الأخرى).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: ولم تزد، أو زادت وقلنا: لا ينفسخ البيع).

[٣] كتب على هامش (ن): (التخلية: مصدر خلا، بمعنى ترك وأعرض).

[٤] كتب في هامش (ن): (بدون النقل).

(١) قوله: (بدوِّ) سقط من (أ) و(د) و(و).

(٢) في (ب) و(ج) و(د): أخَّرها.

(٣) الحسن بن ثواب أبو علي الثعلبي المخرمي، كان شيخًا جليل القدر، وكان له بأبي عبد الله أُنسٌ شديد، وكان يقول: كنت إذا دخلت إلى أبي عبد الله يقول لي: إني أفشي إليك ما لا أفشيه إلى ولدي ولا إلى غيرهم، وكان عنده عن الإمام أحمد جزء كبير فيه مسائل كبار لم يجئ بها غيره، مات سنة ٢٦٨هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٣٢، المقصد الأرشد ١/ ٣١٧.

يحصل بها التَّمكين(١) من القبض، ولهذا ينتقل الضَّمان في بيع الأعيان المتميِّزة بمجرَّد العقد على المذهب؛ لحصول التَّمكين(٢) من القبض.

ولعلَّ اشتراط النَّقل إنَّما يخرَّج على الرِّواية الأخرى، وهي ضمان جميع الأعيان قبل القبض، فلا ينتقل الضَّمان هنا إلَّا بحقيقة القبض دون التَّمكين(٣) منه.

والأوَّل أظهر؛ لأنَّ الَّذي يجب على البائع: التَّمييز والتَّخلية، وهو التَّسليم، وأمَّا(٤) النَّقل؛ فواجب على المشتري؛ لأنَّ فيه تفريغًا لملك[١] البائع من ماله، فيكون بتركه مفرِّطًا، فينتقل الضَّمان إليه.

ويشهد له: شراء(٥) الثَّمر في رؤوس النَّخل، فإنَّ الضَّمان ينتقل فيه بمجرَّد انتهاء الثَّمر إلى أوان أخذه وصلاحيته له، سواء(٦) قطعه المشتري أو لم يقطعه على الصَّحيح.

ولكن هل يعتبر لانتقال الضَّمان[٢] التَّمكُّن من القطع أو لا[٣]؟

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: ملكه الذي فيه العين المبيعة).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: عن البائع إلى المشتري).

[٣] كتب على هامش (ن): (الصحيح: أنه يعتبر).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): التمكن.

(٢) في (ب) و(ن): التمكن.

(٣) في (ب) و(د): التمكُّن.

(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(ن): فأمَّا.

(٥) في (ب): بشراء.

(٦) في (أ): وسواء.

خرَّجها ابن عقيل على وجهين من الزَّكاة[١]، ورجَّح عدم اعتبار التَّمكُّن[٢].

والَّذي عليه القاضي والأكثرون: اعتبار التَّمكُّن من النَّقل في جميع الأعيان؛ فلا يزال في ضمان البائع حتَّى يحصل تمكُّن المشتري من النَّقل.

وصرَّح ابن عقيل بخلاف ذلك، وأنَّه يضمن الأعيان المتميزة بمجرَّد العقد، سواء تمكَّن من القبض أو لم يتمكَّن، كما قال في مسألة الجوائح.

وكذلك حكم المملوك[٣] بصلح أو خلع أو صداق.

القسم الثَّاني: أن يعقد عليه[٤] عقدًا، وينقله إلى يد المعقود له، ثمَّ ينتهي العقد أو ينفسخ، وهو نوعان:

أحدهما: أن يكون عقد معاوضة؛ كالبيع إذا انفسخ - بعد قبضه - بعيب أو خيار، والعين المستأجرة إذا انتهت المدَّة، أو العين الَّتي أصدقها المرأة وأقبضها، ثمَّ طلقها قبل الدُّخول.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في التمكن من العين في إخراج الزكاة).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: في الزكاة).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: في انتقال الضمان من البائع إلى المشتري، هل هو بالعقد أو بالقبض؟ وفي جواز التصرف فيه بناء عليهما).

[٤] كتب في هامش (ن): (أي: على المال).

والثَّاني: أن يكون فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد(١) غير معاوضة؛ كعقد الرَّهن إذا وفَّى الدَّين، وكعقد الشَّركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فُسخ العقد والمال في أيديهم.

فأمَّا عقود المعاوضات؛ فيتوجَّه فيها للأصحاب وجوه:

أحدها: أنَّ حكم الضَّمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأوَّل قبل التَّسليم، فإن كان مضمونًا عليه؛ كان بعد انتهاء العقد مضمونًا له، وإلَّا فلا، وهي طريقة أبي الخطَّاب وصاحب «الكافي» في آخرين[١]؛ اعتبارًا لأحد الضَّمانين بالآخر.

فعلى هذا: إن كان[٢] عوضًا في بيع أو نكاح وكان متميِّزًا؛ لم يضمن على الصَّحيح، وإن كان غير متميِّز؛ ضمن[٣]، وإن كان في

[١] كتب في هامش (ن): (وهي المذهب).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: المقبوض).

[٣] قال ابن نصر الله ﷺ: فإن قيل: قبض البائع والمرأة له إنما يكون بعد تنجيزه، فكيف يصح الترديد بين كونه متميزًا أو غير متميز بعد فسخ البيع والنكاح؟ قيل: يصح ذلك بأن يكون البائع حين قبضه خلطه فيما لا يتميز، مثل إن كان الثمن قفيزًا من صبرة حنطة، فأخذه البائع ثم خلطه بحنطة له، فلما فسخ البيع تلفت تلك الحنطة التي خلط بها القفيز، فيكون القفيز مضمونًا على البائع، ولو كان القفيز باقيًا عند البائع متميِّزًا فتلف بعد الفسخ؛ كان من ضمان المشتري، ويجوز أن يكون قبضه غير متميز؛ مثل =

(١) قوله: (فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد) سقط من (أ) و(د) و(و) و(ن).

إجارة؛ ضمنه بكلِّ حال[١].

والوجه الثَّاني: إن كان انتهاء العقد بسبب يستقلُّ به من هو في يده؛ كفسخ المشتري، أو يشارك فيه الآخر؛ كالفسخ منهما[٢]؛ فهو ضامن له؛ لأنَّه تسبَّب إلى جعل ملك غيره في يده[٣].

وإن استقلَّ به الآخر؛ كفسخ البائع وطلاق الزَّوج؛ فلا ضمان؛ لأنَّه حصل في يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان، فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره.

وهذا الوجه ظاهرُ ما ذكره صاحب «المغني» في مسألة الصَّداق.

= أن يكون العوض نصف صبرة، فقبض الصبرة، أو نصف عبد فقبضه.

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي: متميزًا كان أو غير متميز؛ لأن المتميز إذا كان عوضًا في الإجارة؛ لم يستقر ملك المستأجر عليه إلا بمضي المدة أو استيفاء المنفعة، فلو زال عقد الإجارة قبل مضي شيء من المدة؛ كان العوض كله من ضمان المستأجر إذا كان بيده، ولو كان متميزًا [. . . .] عقد الإجارة بعد مضي نصف المدة مثلًا وتلف العوض في يد المستأجر وهو متميز؛ كان نصفه من ضمان المؤجر؛ لاستقرار ملكه عليه، ونصفه من ضمان المستأجر؛ لعدم استقرار ملك المؤجر عليه.

وعلَّق عليه آخر: (قوله: "لم يستقر ملك المستأجر" صوابه: المؤجر، وهو سبق قلم).

[٢] كتب في هامش (ن): (كالتقايل).

[٣] كتب في هامش (ن): (يعني: بفسخه).

وعلى هذا: فيتوجَّه(١) ضمان العين المؤجرة[١] بعد انتهاء المدَّة؛ لأنَّه تسبَّب إلى رفع العقد مع المؤجر، ووجهه: أنَّ الإذن في القبض إنَّما كان لازمًا؛ لوجوب الدَّفع للملك، ولهذا يملك المشتري والمستأجر أخذه بدون إذنه، فبعد زوال الملك لا يوجد إذن سابق ولا لاحق، ولو قُدِّر وجود الإذن في القبض؛ فإنَّما أذن في قبض ما ملك عليه؛ فلا يكون إذنًا في قبض ملكه هو.

والوجه الثَّالث: حكم الضَّمان بعد الفسخ حكم ما قبله، فإن كان مضمونًا؛ فهو مضمون، وإلَّا فلا، فيكون البيع بعد فسخه مضمونًا[٢]؛ لأنَّه كان مضمونًا على المشتري بحكم العقد، فلا يزول الضَّمان بالفسخ، صرَّح بذلك القاضي في «خلافه».

ومقتضى هذا: ضمان الصَّداق على المرأة، وهذا(٢) ظاهر كلام صاحب «المحرَّر»، وأنَّه لا ضمان في الإجارة؛ لأنَّ العين لم تكن(٣) مضمونة من قبل، وصرَّح القاضي وغيره بذلك.

ويوجَّه: بأنَّ المبيع والصَّداق إنَّما أقبضه[٣] لانتقال ملكه عنه،

---

[١] كتب في هامش (ن): (يعني: على المستأجر).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: على المشتري).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: للمشتري وللزوجة).

---

(١) وزاد في (ب) و (هـ): فيه.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: وهو.

(٣) في (ب): يكن. وزاد في (ب) و (هـ): فيها.

بخلاف العين المستأجرة، فإنَّه أقبضها مع علمه بأنَّها ملكه، فكان إذنًا في قبض ملكه، بخلاف الأوَّل؛ حتَّى قال القاضي وأبو الخطَّاب: لو عجَّل أجرتَها، ثمَّ انفسخت قبل انتهاءِ المدَّة؛ فله حبسها حتَّى يستوفي الأجرة، ولا يكون ضامنًا.

والوجه الرَّابع: أنَّه لا ضمان في الجميع، ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة، صرَّح بذلك أبو الخطاب في «الانتصار»؛ لأنَّه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان، فلم يضمنه؛ كما لو أطارت الرِّيح إليه ثوبًا، وكذلك اختاره القاضي في «المجرد»، وابن عقيل في الصَّداق بعد الطَّلاق.

والوجه الخامس: التَّفريق بين أن ينتهي العقد أو يطلِّق الزَّوج، وبين أن ينفسخ العقد.

ففي الأوَّل: يكون أمانة محضة؛ لأنَّ حكم الملك ارتفع وعاد ملكًا للأوَّل، وفي الفسخ يكون مضمونًا؛ لأنَّ الفسخ يرفع حكم العقد بالكليَّة؛ فيصير مقبوضًا بغير عقد، أو على وجه السَّوم في صورة البيع، وممَّن صرَّح بذلك الأزجيُّ في «النِّهاية» وصاحب «التَّلخيص»، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في مسائل الرَّدِّ بالعيب، وصرَّح بأنَّه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة؛ لارتفاع العقد[١]، ومصيرِه مقبوضًا على وجه السَّوم.

ونقل الأثرم عن أحمد فيمن دفع إلى آخر دينارًا من شيء كان له

[١] كتب في هامش (ن): (يعني: بالفسخ).

عليه، فخرج فيه نقص، فقال للدَّافع: خذه وأعطني غيره، فقال: أمسكه معك حتَّى أبدله لك، فضاع الدِّينار، قال(١): ما أعلم عليه شيئًا، إنَّما هو السَّاعة مؤتمن.

فيحتمل أنْ يكون مرادُه: أنَّ المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة.

ويحتمل - وهو أظهر -: أن يكون(٢) جعله أمانة لأمر المعطي بإمساكه(٣) له، فهو كإيداعه منه.

والنَّوع الثَّاني: عقود الأمانات[١]؛ كالوكالة والوديعة والشَّركة والمضاربة والرَّهن، إذا انتهت أو انفسخت[٢]، والهبة إذا رجع فيها الأب، أو قيل بجواز فسخها مطلقًا[٣] كما أفتى به الشَّيخ تقيُّ الدِّين(٤)؛ ففيها وجهان:

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: التي ليست عقد معاوضة).

[٢] كتب في هامش (ن): (فرَّق في الكافي بين كون الرهن مؤقتًا فيكون مضمونًا عليه بعد وقته، وبين انفكاكه بقضاء أو إبراء؛ فلا يكون مضمونًا عليه).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: من الأب وغيره).

---

(١) في (ب) و(د): فقال.

(٢) في (ب) و(ن): إنَّما. مكان (أن يكون).

(٣) في (ب) و(و): لإمساكه.

(٤) قال الشيخ تقي الدين في مجموع الفتاوى (٣١/ ٢٨٤): (ليس لواهب أن يرجع في هبته غير الوالد؛ إلا أن تكون الهبة على جهة المعاوضة لفظًا أو عرفًا، فإذا كانت لأجل عوض ولم يحصل؛ فللواهب الرجوع فيها).

أحدهما: أنَّها غير مضمونة[١]، صرَّح به القاضي وابن عقيل في الرَّهن، وأنَّه لا يجب ردُّه إلى صاحبه؛ استصحابًا للإذن السَّابق والائتمان، كما صرَّحوا به في الإجارة، وكذلك صرَّح به القاضي وأبو الخطَّاب في «خلافهما» في بقيَّة العقود المسمَّاة: أنَّها(١) تبقى أمانة؛ كما لو أطارت الرِّيح إلى داره ثوبًا.

وهذا يحتمل أنَّه مع علم المالك بالحال لا يجب الدَّفع؛ لأنَّ الواجب التَّمكين(٢) منه لا حمله إليه كما تقدَّم.

والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات: أنَّ المعاوضات تُضمن بالعقد وبالقبض، فإذا كان عقدها مضمَّنًا؛ كان فسخها كذلك، وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد، فكذلك بالفسخ.

والوجه الثَّاني: أنَّه يصير مضمونًا إن لم يبادر إلى الدَّفع إلى المالك؛ كمن أطارت الرِّيح إلى داره ثوبًا، وصرَّح به القاضي في موضع آخر من «خلافه» في الوديعة والوكالة.

وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الرَّهن والوديعة؛ فإنَّهما علَّلا كون الرَّهن أمانة: بأنَّه أمانة ووثيقة، فإذا زالت الوثيقة؛ بقيت الأمانة، كما لو كان عنده وديعة فأذن له في بيعها ثمَّ نهاه.

وهذا التَّعليل مقتضاه: الفرق بين الوديعة، وبين الشَّركة والمضاربة

---

[١] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: وأنها.

(٢) في (ب): التمكن.

والوكالة؛ لأنَّ هذه العقودَ كلَّها مشتملةٌ على ائتمان وتصرُّف[١]، فإذا زال التَّصرُّف بقي الائتمان، بخلاف الوديعة، فإنَّه ليس فيها غير ائتمان مجرَّد[٢]، فإذا زال(١) صار ضامنًا.

وحكم الغصوب إذا أبرأ المالك الغاصب من ضمانها كما ذكرنا.

القسم الثَّالث: أن يحصل في يده بغير فعله[٣]؛ كمن مات مَورُوثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة، فانتقلت إلى يده؛ فلا يجوز له الإمساك بدون إعلام المالك كما سبق؛ لأنَّ المالك لم يأتمنه، وقد نصَّ أحمد في رواية ابن هانئ في الرَّهن: أنَّه لا يقرُّ في يد الوصي[٤] حتَّى يقرَّه الحاكم في يده(٢).

فإن تلف تحت يده قبل التَّمكُّن من الأداء؛ فلا ضمان؛ لعدم التفريط، وكما لو تلفت اللُّقطة قبل ظهور المالك.

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: وإذنٍ في التصرف).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: تصير أمانة عنده).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: فعل المالك).

[٤] كتب في هامش (ن): (أي: وصي المرتهن).

---

(١) زاد في (هـ): التَّصرُّف.

(٢) قال ابن هانئ في مسائله (٢/ ٤٩): (قلت لأبي عبد الله: في يد رجلٍ وصيٍّ رهونٌ وأشياءُ لا يعرف كم عليها من القيمة؟
قال: يصير إلى الحاكم حتى يقرها في يديه - يعني: الرهون التي لا يعرفها الوصي، ولا ما عليها - ليس له إلا ما أقر، ويحلف أصحاب الرهون، ما عليه أكثر من هذا).

ويتخرَّج بترك الرد وجه آخر(١) بالضَّمان؛ كما خرَّجه ابن عقيل في البيع.

وإن تلفت بعده؛ فالمشهور الضمان[١]؛ لتعدِّيه بترك الرَّدِّ مع إمكانه، وهو غير مؤتمن.

وحكى صاحب «المقنع» وجهًا آخر، وأشار إليه صاحب «التَّلخيص»: أنَّه لا ضمان، ويكون أمانة عنده؛ كما لو انقضت مدَّة الإجارة ثمَّ تلفت العين عند المستأجر.

وبينهما فرق؛ فإنَّ المستأجر مستصحب للإذن له في القبض، بخلاف هذا.

وكذلك حكم من أطارت الرِّيح إلى بيته ثوبًا كما سبق، وفي كلام ابن عقيل وأبي الخطاب في الثوب: لا يجب دفعه بدون علم ومطالبة(٢).

ووقع في بعض كلام القاضي: أنَّها أمانة عنده.

ولعلَّ مراده: مع علم المالك وإمساكه عن المطالبة؛ فيكون تقريرًا[٢].

---

[١] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: تقريرًا للثوب عنده).

---

(١) في (أ) و(ج) و(د) و(و) و(هـ): ويتخرج وجه آخر.

(٢) قوله: (وفي كلام ابن عقيل وأبي الخطاب في الثوب: لا يجب دفعه بدون علم ومطالبة) سقط من (أ) و(د) و(و).

ولو دخل حيوان لغيره أو عبد له إلى داره؛ فعليه أن يخرجه ليذهب كما جاء؛ لأنَّ يده لم تثبت عليهما، بخلاف الثَّوب، ذكره ابن عقيل.

فصل

وأمَّا ما قبض من مالكه بعقد لا يحصل به الملك؛ فثلاثة أقسام:

أحدها: ما قبضه آخِذُه لمصلحة نفسه؛ كالعارية؛ فهو مضمون في ظاهر المذهب، قالوا: لأنَّ الإذن إنَّما يتعلَّق(١) بالانتفاع، وقبض العين وقع من حيث اللُّزوم[١]، فهو كقبض المضطرِّ مال غيره لإحياء نفسه؛ لا يسقط عنه الضَّمان؛ لأنَّ إذن الشَّرع تعلَّق بإحياء نفسه، وجاء الإذن في الإتلاف من باب اللزوم.

ولو وهبه شِقصًا من عين، ثمَّ أقبضه العين كلَّها:

ففي «المجرَّد» و«الفصول»: يكون نصيب الشَّريك وديعة عنده.

واستدرك ذلك ابن عقيل في «فنونه»، وقال: بل هو عارية؛ حيث قبضه لينتفع به بلا عوض.

وهذا صحيح إن كان أذن له في الانتفاع به مجَّانًا، أمَّا إن طلب منه أجرة؛ فهي إجارة، وإن لم يأذن له في الانتفاع بل في الحفظ؛ فوديعة(٢).

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: بطريق اللازم).

---

(١) في (ج): يعلَّق. وفي (ب) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): تعلَّق.

(٢) قال في الإنصاف (١٧/ ٢٧): (وفيه نظر).

ولو قال أحد الشَّريكين للعبد المشترك: أنت حبيس على آخرنا موتًا[١]؛ لم يَعتق بموت الأوَّل منهما، ويكون في يد الباقي(١) عارية، فإذا مات عَتَق، ذكره القاضي في «المجرَّد».

القسم الثَّاني: ما أخذه لمصلحة مالكه خاصَّة؛ كالمودَع؛ فهو أمين محض، لكن إذا تلفت الوديعة من بين ماله؛ ففي ضمانه خلافٌ:

فمن الأصحاب من يَبْنيه على أنَّ قوله هل يقبل في ذلك أم لا.

ومنهم من يقول: تلفها من بين ماله أمارةٌ على تفريطه فيها.

وقد فرَّق أحمد بين العارية والوديعة: بأنَّ اليد في العارية آخذة وفي الوديعة معطاة، وهو يرجع إلى تعيين جهة المصلحة فيهما.

وكذلك الوصيُّ والوكيل بغير جُعل، حتَّى لو كان له(٢) دين ولآخر عليه دين، فوكَّله في قبض مال له، وأذن له أن يستوفي حقَّه منه، فتلف المال قبل استيفائه[٢]؛ فإنَّه لا يضمنه، نصَّ عليه أحمد في رواية مثنى الأنباريِّ.

والقسم الثَّالث: ما قبضه لمنفعة تعود إليهما، وهو نوعان:

أحدهما: ما أخذه على وجه الملك فتبين فساده، أو على وجه السَّوم.

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: أنت تَعتِق بعد آخرنا موتًا).

[٢] قال ابن نصر الله رَحِمَهُ اللهُ: أي: بعد قبضه وقبل استيفاء حقه منه.

---

(١) في (د) و(هـ): (الثَّاني).

(٢) زاد في (ج) و(د): عليه.

فأمَّا الأوَّل: فهو المقبوض بعقد فاسد، وهو مضمون في المذهب؛ لأنَّه قبضه على وجه الضَّمان ولا بدَّ.

ونقل ابن مُشَيش(١) وحرب عن أحمد ما يدلُّ على أنَّه غير مضمون؛ كالمقبوض على السَّوم(٢).

وكذلك صرَّح بجريان الخلاف فيه[١] ابن الزَّاغوني في «فتاويه».

ونقل حنبل عن أحمد في الهبة للثَّواب: (إن أراد ردَّها على صاحبها، وقد نَقَصَت بغير استعماله؛ لم يضمن النَّقص)، وشبَّهه بالرَّهن.

وتأوَّله القاضي بتأويل بعيد جدًا، وقد ذكره(٣) أبو البركات في «تعليقه على الهداية»، ثمَّ اختار هو تخريجه على أنَّ الهبة للثَّواب يغلب فيها حكم الهبات، ومن حكم الهبة ألَّا يضمن نقصها.

قال: (ولازم هذا أن نقول: لا يضمن قيمتها إذا تلفت بغير تعدٍّ)، قال: (وهذا عندي أحسن الوجوه)، قال(٤): (ومع هذا(٥)؛ ففيه نظر).

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: المقبوض بعقد فاسد).

---

(١) هو محمد بن موسى بن مشيش البغدادي، كان يستملي للإمام أحمد، وكان من كبار أصحابه، وروى عنه مسائل مشبعة جيادًا، وكان يقدمه ويعرف حقه. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٣٢٣.

(٢) في (ج) و(د) و(هـ): على وجه السوم.

(٣) في (ب) و(هـ) و(ن): ردَّه.

(٤) قوله: (قال) سقط من (أ) و(هـ) و(و).

(٥) قوله: (ومع هذا) هو في (ب): في هذا.

وهو كما قال؛ لأنَّه لو كان كذلك؛ لما فرَّق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله، ولما صحَّ تشبيهه بالرَّهن.

ويحتمل عندي تخريجه[١] على أحد وجهين(١):

إمَّا أن يكون على أنَّ الهبة بالثَّواب المجهول فاسدة، فيكون ذلك موافقًا لما روي عنه[٢] في المقبوض بعقد فاسد[٣]: أنَّه غير مضمون.

وإمَّا على أنَّها صحيحة - وهو الأظهر[٤] -؛ لقوله: (ثمَّ أراد ردَّه إلى مالكه)؛ فدلَّ على أنَّ له إمساكه، وذلك لا يكون إلَّا مع الصِّحة.

فعلى هذا: إنَّما لم يضمِّنه النَّقص؛ لأنَّ الهبة للثَّواب لا تملك بدون دفع العوض، ولذلك شبَّهها بالرَّهن[٥]، وسنزيده إيضاحًا في المقبوض بالسَّوم إن شاء الله تعالى.

وأمَّا المقبوض على وجه السَّوم[٦]: فمن الأصحاب من يحكي في ضمانه روايتين، سواء أخذ بتقدير الثَّمن أو بدونه، وهي طريقة القاضي

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: تخريج نقل حنبل).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: عن الإمام أحمد).

[٣] كتب في هامش (ن): (وهو تخريج على ضعيف).

[٤] كتب في هامش (ن): (أي: من نصه هذا).

[٥] كتب في هامش (ن): (يعني: عدم الملك).

[٦] كتب في هامش (ن): (المساومة: المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها. نهاية).

---

(١) في (أ) و(ج) و(هـ): الوجهين.

وابن عقيل، وصحَّح الضَّمان؛ لأنَّه مقبوض على وجه البدل[١] والعوض؛ فهو كالمقبوض بعقد فاسد.

ثمَّ إن كان لم يقدَّر الثَّمن؛ ضمنه بقيمته، وإلَّا[٢] فهل يضمنه بالقيمة أو بالثَّمن المقدَّر؟ على وجهين، ذكرهما ابن عقيل.

وقال ابن أبي موسى[٣]: إن أخذه مع تقدير الثَّمن ليريه أهله فإن رضوه ابتاعه؛ فهو مضمون بغير خلاف، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله، وإن أخذه بإذن مالكه من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فإن رضوه وزن ثمنه؛ ففيه روايتان أيضًا، أظهرهما: أنَّه غير مضمون[٤].

وجعل السَّامريُّ(١) الضَّمان فيما قطع ثمنه مبنيًّا على أنَّه بيع بالمعاطاة بشرط الخيار، وهذا يدلُّ على أنَّه يجري فيه الخلاف[٥] إذا

[١] كتب في هامش (ن): (وإن لم يقدرا ثمنًا).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: وإن يقدر الثمن).

[٣] كتب في هامش (ن): (وقول ابن أبي موسى طريقة ثانية في المقبوض بالسوم).

[٤] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

[٥] كتب في هامش (ن): (أي: خلافًا لما تقدم من قول ابن أبي موسى من أنه =

(١) هو محمد بن عبد الله بن الحسين السامري، الفقيه الفرضي، أبو عبد الله، ويلقب نصير الدين، ويعرف بابن سُنَيْنَه، تفقه على أبي حكيم النهرواني ولازمه مدة، وبرع في الفقه والفرائض، وكان حسن المعرفة بالمذهب والخلاف. ينظر: سير أعلام النبلاء ٢٢/ ١٤٤، ذيل الطبقات ٣/ ٢٤٨.

قلنا: لم ينعقد البيع بذلك، وفي كلام أحمد إيماء إلى ذلك؛ لأنَّه علَّل الضَّمان في رواية ابن منصور بأنَّه ملكه(١)، وعلَّل في رواية غيره انتفاء الضَّمان فيما إذا لم يقطع ثمنه: بأنَّه ملك للبائع بعدُ حتَّى يقطع ثمنه، ففهم منه: أنَّه مع القطع ينتقل الملك فيه(٢) إلى المشتري، ويؤخذ من ذلك: أنَّ المقبوض بعقد فاسد لا يضمن؛ لبقاء الملك فيه لمالكه.

وكذلك فرَّق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار أيَّهما شاء فلا يضمنهما، وبين أن يكون سلعة واحدة.

وهذا يحتمل ثلاثة أمور:

أحدها: ما قال السَّامريُّ: إنه بيع بشرط الخيار[١]، ويكون المعلَّقُ على الرَّضا فسخَه لا عقده.

= لا خلاف فيه).

[١] كتب في هامش (ن): (أي: تعليق للفسخ).

---

(١) جاء في مسائل إسحاق بن منصور (٦/ ٣٠٥١): (سئل: فإن ذهب بالثوب بشرط أن يريه أهله، فهلك الثوب؟

قال: يضمن. قلت: فإن ذهب بالثوب بغير ثمن، وقال: إن رضيته ساومتك به بعد، فذهب؟ قال: ليس عليه شيء.

قال أحمد: إذا ذهب به على الثمن، فقد ملكه ضَمِنَ الثمن، وإذا ذهب به على غير ثمن، فليس عليه شيء، إلا أن يكون في حديث عمر حين أخذ الدابة لينظر إليها، لم يكن بيَّن الثمن).

(٢) في (أ): منه.

والثَّاني: أن يكون بيعًا معلَّقًا على شرط[١]؛ فقد فعله أحمد بنفسه لمَّا رهن نعله باليمن[٢].

ويبعِّد هذا: أنَّه لم يفرِّق[٣] بين أن يتلف قبل الرِّضى به أو بعده.

والثَّالث: أن يكون بيعًا بمعاطاةٍ تراخى القبول فيه عن المجلس، وقد نصَّ على صحَّة مثل ذلك في النِّكاح في رواية أبي طالب(١).

ومن هذا النوَّع: ما إذا قبض المشتري زيادة على حقِّه غلطًا؛ فإنَّها تكون مضمونة عليه؛ لأنَّه قبضها على وجه العوض، ذكره(٢) القاضي وابن عقيل والأصحاب.

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: تعليق للعقد). وكتب أيضًا: (فيكون المعلق على الرضى عقده لا فسخه).

[٢] كتب في هامش (ن): (وذلك أنه كان أحمد قد أقام باليمن مدة نحو سنتين، وكان شخص يقال له: بحر البقال، فقال له: يا بحر، لك عندي درهم، خذ هذا النعل، فإن بعثنا لك بالدرهم من صنعاء، وإلا فالنعل بالدرهم، أرضيت؟ قلت: نعم ومضى، ذكر ذلك ابن الجوزي في مناقبه في الباب الحادي والأربعين). تنظر القصة: مناقب الإمام أحمد لابن الجوزي ص ٣١٠.

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: في الضمان).

---

(١) جاء في الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى (٢/ ١١٤): (قال أحمد في رواية أبي طالب ﵀ في رجل مشى إليه قوم فقالوا: زوج فلانًا، فقال: قد زوجته على ألف، فرجعوا إلى الزوج فأخبروه، قال: قبلت: يكون هذا نكاح ويتوارثان).

(٢) في (ب): وذكره.

ويحتمل: ألَّا يضمن، على معنى تعليل أحمد في المقبوض بالسَّوم: أنَّه على ملك البائع.

ومن ذلك لو دفع إليه كيسًا، وقال له: استوف منه قدر حقِّك، ففعل؛ فهل يصحُّ؟ على وجهين[١]؛ بناءً على قبض الوكيل لنفسه من نفسه، والمنصوص الصِّحَّة، نصَّ عليه في رواية الأثرم(١)، ويكون الباقي في يده وديعة.

وعلى عدم الصِّحَّة: قدر حقِّه؛ كالمقبوض على(٢) السَّوم، والباقي أمانة، ذكره في «التَّلخيص».

ولو دفع إلى غريم له نقدًا من غير جنس ما عليه ليصارفه عليه فيما بعد؛ فهي أمانة محضة، نصَّ عليه؛ مع أنَّها قبضت للمعاوضة.

وقياس قول الأصحاب: أنَّها مضمونة؛ كما قالوا في الضَّامن إذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء: إنَّه مضمون؛ لقبضه على وجه المعاوضة.

وهو أولى؛ لأنَّ القبض هنا[٢] وجد قبل الاستحقاق، فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالًا عوضًا عمَّا يستحقُّه عليها بالطَّلاق قبله.

النَّوع الثَّاني: ما أخذ لمصلحتهما على غير وجه التَّمليك لعينه؛

---

[١] كتب في هامش (ن): (أصحهما: يصح).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: في مسألة الضامن).

---

(١) قوله: (نصَّ عليه في رواية الأثرم) ذُكِر في (د) و(هـ) بعد قوله: (وديعة).

(٢) زاد في (ب) و (د) و(هـ): وجه.

كالرَّهن[١]، والمضاربة، والشَّركة، والوكالة بجُعلٍ، والوصيَّة كذلك؛ فهذا كلُّه أمانة على المذهب.

وفي الرَّهن رواية أخرى تدلُّ على ضمانه، وتأوَّلها القاضي، وأثبتها ابن عقيل.

والأعيان المستأجرة والموصى بمنفعتها: أمانةٌ كالرَّهن؛ لأنَّه مقبوض على وجه الاستحقاق.

تنبيه:

من الأعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق، وما له مالك غير معيَّن.

فالأوَّل: كالصَّيد إذا قبضه المحرم؛ فإنَّه يجب تخليته وإرساله، وسواء(١) ابتدأ قبضه في الإحرام أو كان في يده[٢] ثمَّ أحرم.

وإن تلف قبل إرساله: فإن كان بعد التَّمكُّن منه؛ وجب ضمانه للتَّفريط، وإن كان قبله؛ لزمه الضَّمان فيما ابتدأ قبضه في الإحرام دون ما كان في يده قبله؛ لتفريطه في الأولى دون الثَّانية، هذا قول القاضي وصاحب «المغني»[٣].

---

[١] كتب في هامش (ن): (سيأتي أن المرتهن قبض الرهن لمصلحة نفسه، وهو المعروف).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: المشاهدة لا يده الحكمية).

[٣] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (ب): سواء.

وخرَّج ابن عقيل: الضَّمان فيهما؛ لأنَّها عين مضمونة، فلا يقف ضمانها على التَّمكُّن(١) من الرَّدِّ؛ كالعواري والغصوب.

والثَّاني: الزَّكاة، إذا قلنا: يجب في العين؛ فالمذهب: وجوب الضَّمان بتلفها بكلِّ حال[١]؛ لأنَّها وجبت شكرًا لنعمة المال النَّامي الموجود في جميع الحول؛ فهي شبيهة بالمعاوضة[٢].

ويستثنى من ذلك[٣]: ما لم يدخل تحت اليد؛ كالدُّيون، والثَّمر في رؤوس الشَّجر؛ لانتفاء قبضه وكمال الانتفاع به.

ومن الأصحاب من خرَّج وجهًا[٤]: بسقوط الضَّمان قبل إمكان الأداء مطلقًا.

---

[١] كتب في هامش (ن): (سواء تمكن من الأداء أم لم يتمكن منه).

[٢] كتب في هامش (ن): (إذ هي في مقابلة النعمة المذكورة، أشبهت الثمن في مقابلة المثمن).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: من وجوب الزكاة في العين قبل التمكن وبعده: المال الذي وجبت فيه الزكاة، ولم يدخل في يد المزكي؛ فإنه لو تلف لم يضمن زكاته).

[٤] كتب في هامش (ن): (تقدم في القاعدة التاسعة عشر نسبة هذا التخريج إلى الشيرازي، وحكى المصنف في الفوائد الآتية بعد القواعد بدل هذا الوجه رواية، فلا حاجة إلى التخريج، ولعل هذا التخريج من مسألة: بلوغ الصبي في أثناء يوم من رمضان، فإن في لزوم قضائه روايتين).

---

(١) في (أ): على عدم التمكن.

قاعدة [٤٤]

في قبول قول الأمناء في الرَّدِّ والتَّلف.

أمَّا التَّلف؛ فيقبل فيه قول كلِّ أمين؛ إذ لا معنى للأمانة إلَّا انتفاء الضَّمان، ومن لوازمه قبول قوله في التَّلف، وإلَّا للزم الضَّمان باحتمال التَّلف، وهو لا يلزمه الضَّمان[١] مع تحقُّقه.

ويستثنى من ذلك: الوديعة إذا هلكت دون[٢] مال المودَع، على طريقة من يحكي الخلاف فيها في قبول قول المودَع في التَّلف، لا في أصل ضمانه[٣].

وكذلك العين المستأجرة والمستأجر على عمل فيها، حُكي فيها رواية بالضَّمان.

فمن الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضَّمان فيها؛ فلا تكون أمانة.

---

[١] كتب في هامش (ن): (وإذا لم يلزمه الضمان مع تحقق التلف؛ لم يلزمه مع احتماله؛ لأن تحقق التلف أقوى من احتماله، وإذا لم يضمن مع الأقوى لم يجب ضمانه مع الأضعف).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: من بين مال المودَع).

[٣] كتب في هامش (ن): (قوله: «لا في أصل ضمانه»؛ فإنه غير مضمونة عليه في أصل العقد بلا خلاف، وإنما ضمنها في هذه المسألة فيما إذا ادعى تلفها من بين ماله لا في الذمة كما قضى به عمر على أنس).

ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التَّلف بأمر خفيٍّ[١]، وهي طريقة ابن أبي موسى؛ فلا يخرج بذلك عن الأمانة.

وأمَّا الرَّدُّ؛ فالأمناء فيه(١) ثلاثة أقسام:

الأوَّل: من قبض المال لمنفعة مالكه وحده؛ فالمذهب: أنَّ قولهم في الرَّدِّ مقبول.

ونقل أبو طالب وابن منصور عن أحمد: أنَّ الوديعة إذا ثبتت[٢] ببيِّنة؛ لم يقبل دعوى الرَّدِّ بدون بيِّنة(٢)[٣]، وخرَّجها ابن عقيل: على أنَّ الإشهاد على دفع الحقوق الثَّابتة بالبيِّنة واجب؛ فيكون تركه تفريطًا،

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: ومنهم من جعل هذه الرواية محمولة على الخلاف في قبول دعوى التلف بأمر خفي، لا في أنها مضمونة عليه بأصل القبض؛ كالمستعير).

[٢] كتب في هامش (ن): (قوله: «ثبتت» قد يفهم منه أن المودع أنكرها فثبتت بالبينة عليه، وليس بمراد؛ لأنه إذا أنكرها ثم ادعى الرد؛ فلا يقبل قوله، وإنما معنى قوله «ثبتت» أن يكون قد دفعها إليه ببينة، فلا يقبل قوله في الرد إلا ببينة).

[٣] كتب في هامش (ن): (قد يعلل ذلك بأن الحق الثابت بطريق قوي يتوجه ألا يسقط عمن وجب عليه إلا بطريق مثله أو بأقوى منه، لا بأضعف منه).

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(و).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٧٣): (قلت: الرجل يقول للرجل: قد كانت لك عندي وديعة، فدفعتها إليك؟

قال: يصدق إذا كان دفعها إليه بغير بينة).

فيجب به الضَّمان.

وكذلك خرَّج طائفة من الأصحاب في وصيِّ اليتيم: أنَّه لا يقبل قوله في الرَّد بدون بيِّنة[١]، وعزاه القاضي في «خلافه» إلى قول الخرقيِّ، وهو متوجِّه على هذا المأخذ؛ لأنَّ الإشهاد بالدَّفع إلى اليتيم مأمور به بنصِّ القرآن(١)، وقد صرَّح أبو الخطاب في «انتصاره» باشتراط الشَّهادة عليه؛ كالنِّكاح.

القسم الثَّاني: من قبض المال لمنفعة نفسه؛ كالمرتهن[٢]، فالمشهور: أنَّ قوله في الرَّدِّ غير مقبول؛ لشبهه بالمستعير.

وخرَّج أبو الخطاب وأبو الحسين وجهًا آخر: بقبول قوله في الرَّدِّ؛ لأنَّه أمين في الجملة.

وكذلك الخلاف في المستأجر[٣].

القسم الثَّالث: من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه؛ كالمضارب، والشَّريك، والوكيل بجُعْل، والوصيِّ كذلك؛ ففي قبول قولهم في الرَّدِّ وجهان معروفان؛ لوجود الشَّائبتين في حقِّهم:

---

[١] كتب في هامش (ن): (يعني: إذا كان الموصى قد قبض المال ببينة).

[٢] كتب في هامش (ن): (قد تقدم في الصفحة اليمنى أن الرهن مما أخذ لمصلحتهما على غير وجه التملك).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: هل يقبل قوله في الرد؟).

---

(١) وهو قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النِّساء: ٦].

أحدهما: عدم القبول[١]، ونصَّ عليه أحمد في المضارب في رواية ابن منصور[٢]: أنَّ عليه البَيِّنة بدفع رأس المال(١)، وهو اختيار ابن حامد، وابن أبي موسى، والقاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل وغيرهم[٣].

والثَّاني: قبول قولهم في ذلك، وهو اختيار القاضي في «خلافه»، وابنه أبي الحسين، والشَّريف أبي جعفر، وأبي الخطَّاب في «خلافه».

ووجدت ذلك منصوصًا عن أحمد في رواية ابن منصور في المضارب أيضًا، في رجل دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة، فجاء بألف، فقال: هذا ربح، وقد دفعت إليك ألفًا رأس مالِكَ؛ قال: (هو مصدَّق فيما قال)(٢).

---

[١] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب في هامش (و): (وكذلك في رواية الأثرم).

[٣] كتب في هامش (ن): (وهو المشهور).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور في المضاربة (٦/ ٣٠١٩): (قلت: سئل سفيان: إذا اختلفا، فقال المدفوع إليه: هذا ربح، وقد دفعت إليك رأس المال؟ قال: بينته أنه دفع رأس المال، وإلا فهذا رأس المال، ويستحلف صاحب المال أنه لم يقبض رأس ماله. قال أحمد: نعم).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٩٧): (قلت: قال الثوري: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فجاء بألف درهم، فقال: هذا ربح، وقد دفعت إليك ألفًا رأس مالك. قال: هو مصدق فيما قال).

ووجدت في «مسائل أبي داود» عن أحمد نحو هذا أيضًا[١].

وكذلك نقل عنه مهنَّى في مضارب دفع إلى ربِّ المال كلَّ يوم شيئًا، ثم قال: كان من رأس المال؛ أنَّ القول قوله مع يمينه.

وحكم الأجير المشترك حكم هؤلاء، وكذلك من يعمل في عينٍ بجزء من نمائها؛ لأنَّه إمَّا أجير أو شريك.

والفرق بينهم وبين المستأجر: أنَّ المستأجر قبض مال المؤجر؛ ليستوفي منه حقَّ نفسه؛ فصار حفظه لنفسه، وهؤلاء المال في أيديهم أمانةٌ لا حقَّ لهم فيه، وإنَّما حقُّهم فيما ينمو[٢] منه أو في ذمَّة المالك.

فأمَّا من يعمل في المال بجزء من عينه؛ فهو كالوصيِّ الَّذي يأكل من مال اليتيم، والقول قوله في الرَّدِّ أيضًا، صرَّح به القاضي؛ لأنَّ المال لم يقبضه لحقِّ نفسه، بل للحفظ على المالك، وحقُّه فيه متعلِّق بعمله، بخلاف المرتهن والمستأجر.

ثمَّ ههنا أربعة أقسام:

أحدها: أن يدَّعي الأمين أنَّه ردَّ الأمانة إلى من ائتمنه، وهذا هو الَّذي ذكرناه.

---

(١) جاء في مسائل أبي داود (ص ٢٧١): (سمعت أحمد سئل عن رجل دفع إلى رجل مالًا مضاربة، فكان يجيئه فيعطيه العشرين درهمًا والدينار ونحوه، ويقول: هذا من الربح، فلما حاسبه، قال: إنما كنت أعطيتك كله من رأس المال؟ قال أحمد: هذا أعطى ماله خائن، قال: له عليه يمين؟ قال: أدنى ما له عليه اليمين).

(٢) في (ب) وباقي النسخ: ينمي.

والثَّاني: أن يدعي الرَّدَّ إلى غير من ائتمنه بإذنه؛ فهل يقبل قوله[١]؟ على وجهين:

أحدهما: وهو المنصوص، وهو اختيار أبي الحسن التَّميمي(١): أنَّه يقبل قوله.

والثَّاني: لا يقبل؛ فقيل: لتفريطه بترك الإشهاد على المدفوع إليه، فلو صدَّقه الآمر على الدَّفع؛ لم يسقط الضَّمان.

وقيل: بل لأنَّه ليس أمينًا للمأمور بالدَّفع إليه؛ فلا يقبل قوله في الرَّدِّ إليه[٢]؛ كالأجنبيِّ.

وكلٌّ من هذه الأقوال الثَّلاثة قد نُسب إلى الخرقيِّ.

بل ونُسب إليه: أنَّ دعوى الوصيِّ الرَّدَّ إلى اليتيم غيرُ مقبول كما سبق، فربَّما اطَّرد هذا في دعوى الرَّدِّ من جميع الأمناء إلى من ائتمنهم، وهو بعيد جدًّا، وربَّما اختصَّ بالوصيِّ؛ لأنَّ ائتمانه ليس من جهة الصَّبيِّ، فهو كالأجنبيِّ معه.

هذا إذا ادَّعى الرَّدَّ بإذن المالك، وإن ادَّعاه مع عدم إذنه؛ فلا يقبل

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: في الرد، وأما في الإذن فالقول قول الوكيل).

[٢] كتب في هامش (ن): (فلو صدقه الآمر على الدفع سقط الضمان).

---

(١) هو عبد العزيز بن الحارث بن أسد، أبو الحسن التميمي، صنف في الأصول والفروع والفرائض، وصحب أبا القاسم الخرقي، وغلام الخلال، وله مصنف اسمه: اللطيف الذي لا يسع جهله، وتوفي سنة (٣٧١هـ). سنظر: طبقات الحنابلة ١٣٩/٢.

منه، حتَّى ولا الأداء إلى الوارث والحاكم؛ لأنَّهما لم يأتمناه، نقله في «التَّلخيص».

إلَّا أن يدَّعي الرَّدَّ إلى من يده كيد المالك؛ كوكيله، أو ردَّ الوديعة إلى عبده وخازنه ونحوهما ممَّن يحفظ ماله؛ لأنَّ أيديهم كيَدِه.

ويتوجَّه في دعوى الرَّدِّ إلى الحاكم والوارث بعد موت الموروث: القبول؛ لقيامهما مقام المؤتمن، وهو ردٌّ مبرئٌ.

القسم الثَّالث: أن يدَّعي غير الأمين - كَوَارِثِه - أنَّ الأمين ردَّ إلى المالك؛ فلا يقبل؛ لأنَّه غير مؤتمن، فلا يقبل قوله.

ومن المتأخِّرين[١] من خرَّج وجهًا: بالقبول؛ لأنَّ الأصل عدم حصولها في يده، وجعل أصله أحد الوجهين فيما إذا مات من كان عنده أمانة، ولم يُوجَد في تركته، ولم يعلم بقاؤها عنده: أنَّها لا تضمن، ولا حاجة إلى التَّخريج إذًا[٢]؛ لأنَّ الضَّمان على هذا الوجه[٣] منتفٍ، سواء ادَّعى الوارث الرَّدَّ أو التَّلف، أو لم يدَّعِ شيئًا.

القسم الرَّابع: أن يدَّعي من حكمه حكم الأمناء في سقوط الضَّمان عنه بالتَّلف قبل التَّمكن من الرَّدِّ؛ كوارث المودَع ونحوه، والملتقِط بعد ظهور المالك، ومن أطارت الرِّيح إلى داره ثوبًا، إذا ادَّعوا الرَّدَّ إلى المالك:

---

[١] كتب في هامش (ن): (وهو الحارثي).

[٢] كتب في هامش (ن): (أي: إذا قلنا أن الأصل عدم وصولها إلى الوارث).

[٣] كتب في هامش (ن): (أي: على تعليل هذا الوجه).

ففي «التَّلخيص»: لا يقبل؛ لأنَّ المالك لم يأتمنه.

ويتوجَّه: قبول دعواه في حالةٍ لا يُضمَن فيها بالتَّلف؛ لأنَّه مؤتمن شرعًا في هذه الحالة.

تنبيه:

عامل الصَّدقة مقبول القول في دفعها إلى المستحقِّين ولو كذَّبوه، بغير خلاف، وإن كان وكيلًا بجُعل، ذكره القاضي في «الأحكام السُّلطانية»(١)؛ لأنَّ الصَّدقة عبادة فلا استحلاف فيها، وكذلك لا يستحلف أربابها إذا ادَّعوا الدَّفع إلى العامل وأنكر، فكذلك العامل؛ لأنَّه أمين لأربابها، فيقبل قوله عليهم في الرَّدِّ.

وأمَّا عامل الخراج؛ فلا يقبل قوله في الدَّفع إلَّا ببيِّنة أو تصديق، ذكره القاضي أيضًا(٢)، وعلَّل: بأنَّ الخراج دين؛ فلا يقبل قول(٣) مستوفيه في دفعه إلى مستحقِّه.

وهذا التَّعليل منتقض بالوكيل[١] في استيفاء دين ودفعه إلى مستحقِّه، فإنَّ قوله مقبول في ذلك كما سبق.

والأظهر: تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل، فإن كان

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: المتبرِّع).

---

(١) (ص ١٣٥).
(٢) الأحكام السلطانية (ص ١٣٥).
(٣) في (ب): قوله.

متبرِّعًا؛ فالقول قوله، وإن كان بجُعل؛ ففيه قولان[١]، وكذلك يخرَّج في عامل الوقف وناظره.

(١) في (ب) وباقي النسخ: وجهان.

قاعدة [٤٥]

عقود الأمانات؛ هل تنفسخ بمجرَّد التَّعدي فيها أم لا؟

المذهب: أنَّ الأمانة المحضة تبطل بالتَّعدي، والأمانة المتضمِّنة لأمر آخر لا تبطل على الصَّحيح.

ويتخرَّج على هذا مسائل:

منها: إذا تعدَّى في الوديعة؛ بطلت، ولم يجز له الإمساك، ووجب الرَّدُّ على الفور؛ لأنَّها أمانة محضة، وقد زالت بالتَّعدِّي؛ فلا تعود[١] بدون عقد متجدِّد، هذا هو المشهور.

ولو كانت عينين فتعُدِّي في إحداهما؛ فهل يصير ضامنًا لهما، أو لما وجد فيه التَّعدي[٢] خاصَّة؟

فيه تردد، ذكره القاضي أبو يعلى الصَّغير.

وذكر ابن الزَّاغونيِّ: أنَّه إذا أزال التَّعدِّي وعاد إلى الحفظ؛ لم تبطل[٣]، وقد يوجَّه: بأنَّ المالك أسند إليه الحفظ لرضاه بأمانته[٤]،

---

(١) في (أ) و(ج) و (د): يعود.
(٢) في (أ): التَّعيين.
(٣) في (أ) و(هـ): يبطل.
(٤) في (أ): بأماناته.

فمتى وُجدت الأمانة فالإسناد موجود لوجود علَّتِه، كما لو صرَّح بالتَّعليق، فقال: كلَّما خنت ثمَّ عدت فأنت أمين؛ فإنَّه يصحُّ؛ لصحَّة تعليق الإيداع على الشَّرط؛ كالوكالة، صرَّح به القاضي.

ومنها: الوكيل إذا تعدَّى؛ فالمشهور: أن وكالته لا تنفسخ، بل تزول أمانته ويصير ضامنًا، ولهذا لو باع بدون ثمن المثل؛ صحَّ، وضمن النقص؛ لأنَّ الوكالة إذنٌ في التَّصرُّف مع ائتمان، فإذا زال أحدهما[١]؛ لم يَزُل الآخر، هذا هو المشهور.

وعلى هذا: فإنَّما يضمن ما وقع فيه التَّعدِّي خاصَّة، حتَّى لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه؛ لأنَّه لم يتعدَّ في عينه، ذكره في «التَّلخيص».

ولا يزول الضَّمان عن عين ما وقع فيه التَّعدِّي بحالٍ، إلَّا على طريقة ابن الزاغونيِّ في الوديعة.

وظاهر كلام كثير من الأصحاب: أنَّ المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها[٢]؛ فيفسد العقد، ويصير متصرِّفًا بمجرَّد الإذن.

وحكى ابن عقيل في «نظريَّاته» وصاحب «المحرَّر» وجهًا آخر، وبه جزم القاضي في «خلافه»: أنَّ الوكالة تبطل كالوديعة؛ لزوال الائتمان، والإذن في التَّصرف كان منوطًا به.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو الائتمان).

[٢] كتب على هامش (ن): (هذا الكلام يقتضي التَّفرقة بين الفاسد والباطل، وسيجيء مثله في قاعدة ضمان المقبوض بعقد فاسد، وردَّه شيخنا وقال: إنَّ التَّفرقة بينهما للحنفيَّة. بلغ سماعًا وبحثًا فيه على مولانا قاضي القضاة بقراءة ولده).

ومنها: الشَّركة والمضاربة إذا تعدَّى فيها[١]؛ فالمعروف من المذهب: أنَّه يصير ضامنًا، ويصحُّ تصرُّفه؛ لبقاء الإذن.

ويتخرَّج: بطلان تصرُّفه من الوكالة.

ومنها: الرَّهن إذا تعدَّى المرتهن فيه؛ زال ائتمانه، وبقي مضمونًا عليه، ولم تبطل توثقته.

وحكى ابن عقيل في «نظريَّاته» احتمالًا ببطلان الرَّهن[٢]، وفيه بُعد؛ لأنَّه عقد لازم، وحقٌّ للمرتهن على الرَّاهن، لا سيَّما إن كان مشروطًا في عقد[٣] وقلنا: يلزم بمجرد العقد؛ فإنَّ الرَّاهن يجبر على تقبيضه، فكيف يزول بالتَّعدِّي؟!

ومنها: إذا استأجره لحفظ شيء مدَّة، فحفظه في بعضها ثمَّ ترك؛ فهل تبطل الإجارة؟ فيه وجهان:

قال ابن المَنِّيِّ(١): أصحُّهما: لا تبطل(٢)[٤]، بل يزول الاستئمان

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: العين).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بالتَّعدي).

[٣] كتب على هامش (ن): (كبيع وقرض).

[٤] كتب على هامش (ن): (ويستحقُّ الأجرة).

---

(١) هو نصر بن فتيان بن مطر النهرواني، ثم البغدادي، أبو الفتح، المعرف بابن المني، فقيه العراق على الإطلاق، تفقه على أبي بكرٍ الدينوري، ولازمه حتى برع في الفقه، له تعليقة في الخلاف كبيرة معروفة، توفي سنة (٥٨٣هـ). ينظر: ذيل الطبقات ٢/ ٣٥٧.

(٢) في (أ) و(ب) و(ج) (د): يبطل.

ويصير ضامنًا.

وفي «مسائل ابن منصور» عن أحمد: إذا استاجر أجيرًا شهرًا معلومًا، فجاء إليه في نصف ذلك الشَّهر؛ أنَّ للمستأجر الخيار(١).

والوجه الآخر[١]: يبطل العقد، فلا يستحقُّ شيئًا من الأجرة؛ بناءً على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة: أنَّه لا يستحقُّ أجرة، وبذلك أفتى ابن عقيل في «فنونه».

ومنها: الوصيُّ إذا تعدَّى في التَّصرُّف؛ فهل يبطل كونه وصيًّا أم لا؟ ذكر ابن عقيل في «المفردات» فيه احتمالين:

أحدهما: لا يبطل، بل تزول أمانته ويصير ضامنًا؛ كالوكيل.

والثَّاني: يبطل؛ لأنَّه خرج من حيِّز الأمانة بالتَّفريط، فزالت ولايته بانتفاء شرطها؛ كالحاكم إذا فسق.

وفرض المسألة: فيما إذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل.

وعلى هذا يتخرَّج بيع العدل الَّذي بيده الرَّهن له بدون ثمن المثل أو الثَّمن المقدَّر؛ هل يصحُّ أو لا؛ لأنَّ الأمانة معتبرة فيه، واختيار صاحب «المغني»: أنَّه لا يصحُّ بيعه بدون ثمن المثل، لكنَّه علَّل

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩١٥): (قلت: إذا استأجر الرجل أجيرًا شهرًا معلومًا، فجاء في نصف ذلك الشهر؟ قال - أي: سفيان -: الذي استأجره بالخيار إن شاء عمل، وإن شاء لم يعمل. قال أحمد: هو كما قال، إنما استأجره في أول الشهر).

بمخالفة الإذن، وهو منتقض بالوكيل، ولهذا ألحقه القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل في «الفصول» ببيع الوكيل؛ فصحَّحاه وضمَّناه النَّقص.

ومثله: إجارة النَّاظر للوقف بدون أجرة المثل.

قاعدة [٤٦]

في العقود الفاسدة؛ هل هي منعقدة أو لا؟

وهي نوعان:

أحدهما: العقود الجائزة؛ كالشركة والمضاربة والوكالة، وقد ذكرنا آنفًا: أنَّ فسادها لا يمنع نفوذ التَّصرف فيها بالإذن، لكن خصائصها تزول بفسادها؛ فلا يصدق عليها أسماء العقود الصَّحيحة إلَّا مقيَّدة بالفساد.

وصرَّح القاضي في «خلافه»: بأنَّه لو حلف على الشركة الفاسدة من أصلها أنَّها شركة؛ حنث[١]، قال: ويمنع من التَّصرُّف فيها.

والمنع من التَّصرف مع القول بنفوذه وبقاء الإذن مشكلٌ، لا سيَّما وقد قرَّر أن العامل يستحقُّ المسمَّى.

والنَّوع الثَّاني: العقود اللَّازمة، فما كان منها لا يتمكَّن العبد من الخروج منه بقوله؛ كالإحرام؛ فهو منعقد[٢]؛ لأنَّه لا سبيل إلى التَّخلُّص منه إلَّا بإتمامه أو الإحصار عنه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لأنَّها ليست شركة صحيحة، ويمينه إنما تنصرف للموضوع الشرعي).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لزومًا، ولو كان فاسدًا).

وما كان العبد متمكِّنًا من الخروج منه بقوله؛ فهو منقسم إلى قسمين:

أحدهما: ما يترتَّب عليه حكم مبنيٌّ على التَّغليب والسِّراية والنفوذ؛ فهو منعقد، وهو النِّكاح والكتابة، يترتَّب عليهما الطَّلاق والعتق؛ فلقوَّتهما ونفوذهما انعقد العقد المختصُّ[١] بهما، ونفذا فيه، ويتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد[٢].

ففي النِّكاح: يجب المهر بالعقد، حتَّى لو طلقها قبل الدُّخول؛ لزمه نصف المهر على وجه[٣]، ويستقرُّ بالخلوة، وتعتدُّ فيه من حين الفرقة لا من حين الوطء، وتعتدُّ للوفاة فيه(١) قبل الطَّلاق.

وفي الكتابة: تستتبع الأولاد والأكساب.

والثَّاني: ما لا يترتَّب عليه ذلك؛ كالبيع والإجارة؛ فالمعروف من المذهب: أنَّه غير منعقد، ويترتَّب عليه أحكام الغصب.

وخرَّج أبو الخطَّاب في «انتصاره»: صحَّة التَّصرُّف في البيع الفاسد من النِّكاح.

واعترضه أحمد الحربيُّ في «تعليقه»(٢)، وقال: النِّكاح الفاسد

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: ولو كان فاسدًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: المختص بهما).

[٣] كتب على هامش (ن): (والصَّحيح: أنَّه لا يلزمه).

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (ب) و(و).

(٢) هو أحمد بن معالي بن بركة الحربي، تفقه على أبي الخطاب الكلوذاني، وكان قد =

منعقد، فلهذا صحَّ التَّصرُّف فيه، بخلاف البيع.

ولكنْ أبو الخطَّاب قد(١) لا يسلم انعقاد النِّكاح الفاسد ولا غيره؛ لأنَّه يرى أنَّ المجامع يحلُّ من إحرامه، وأنَّ الطَّلاق في النِّكاح الفاسد إنَّما يقع ممَّن يعتقد صحَّته؛ فمن ههنا حسن عنده هذا التَّخريج؛ إذ البيع والنِّكاح في هذا على حدٍّ واحد.

وأبدى ابن عقيل في «عُمَدِه» احتمالًا بنفوذ الإقالة في البيع الفاسد؛ كالطَّلاق في النِّكاح الفاسد؛ قال: ويفيد ذلك أنَّ حكم الحاكم - بعد الإقالة - بصحَّة العقد لا يؤثِّر.

وذكر ابن عقيل وغيره وجهين في نفوذ العتق في البيع الفاسد؛ كالطَّلاق في النِّكاح الفاسد.

وفرَّق بينهما على أحد الوجهين[١]: بأنَّ الطَّلاق يسقط به حقُّ نفسه فنفذ، بخلاف العتق؛ فإنَّه يسقط به حقُّ غيره، وهو البائع.

وهذا كلُّه يشعر بانعقاد البيع.

وذكر ابن عقيل في «فصوله» احتمالين فيما إذا قال لغيره بعد نداء الجمعة: أعتق عبدك عنِّي وعليَّ ثمنه، ففعل؛ فهل(٢) ينفذ عتقه عن

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو الوجه القائل: بأنَّ العتق لا ينفذ في البيع الفاسد).

= انتقل إلى مذهب الشافعي ثم عاد إلى مذهب أحمد، قال ابن رجب: (وله تعليقة في الفقه وقفت على جزء منها)، توفي سنة ٥٥٤هـ. ينظر: ذيل الطبقات ٢/ ٧١.

(١) في (أ) و (هـ): قال.

(٢) في (ب) و(و) و(ن): هل.

نفسه أو عن الآمر له؟

ولكن هذا عقدٌ موضوع للعتق، والملك تابع له؛ فهو كالكتابة، بخلاف البيع.

فإن قيل: هلَّا قلتم: إنَّ صحَّة التَّصرُّف في البيع الفاسد مستندٌ إلى الإذن؛ كما في العقود الجائزة إذا فسدت؟!

قيل: لا يصحُّ ذلك لوجهين:

أحدهما: أنَّ البيع وُضِع لنقل الملك لا للإذن[١]، وصحَّة التَّصرف فيه تُستفاد من الملك لا من الإذن، بخلاف الوكالة؛ فإنَّها موضوعة للإذن.

يوضحه: أنَّ الموكِّل أذِن لوكيله أن يتصرَّف له، وقد فعل ما أمره، والبائع إنَّما أذِن للمشتري في التَّصرُّف لنفسه بالملك، ولا ملك ههنا.

والثَّاني: أنَّ(١) الإذن في البيع مشروط بسلامة عِوَضِه، فإذا لم يُسلَّم العوض[٢]؛ انتفى الإذن، والوكالة إذنٌ مطلق بغير شرط.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في التَّصرُّف).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لفساد العقد).

---

(١) قوله: (أن) سقطت من (ب).

قاعدة [٤٧]

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد:

كلُّ عقد يجب الضمان في صحيحه؛ يجب الضَّمان في فاسده.

وكلُّ عقد لا يجب الضَّمان في صحيحه؛ لا يجب في فاسده.

ونعني بذلك:

أنَّ العقد الصَّحيح إذا كان موجبًا للضَّمان؛ فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصَّحيح موجبًا للضَّمان؛ فالفاسد كذلك[١].

فالبيع والإجارة والنِّكاح موجبة للضَّمان مع الصِّحَّة، فكذلك مع الفساد.

والأمانات؛ كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة، وعقود التَّبرُّعات كالهبة؛ لا يجب الضَّمان فيها مع الصِّحَّة، فكذلك مع الفساد.

وكذلك الصَّدقة.

[١] كتب على هامش (و) و(ن): (قولهم في الأمين إذا تعدَّى: «إنَّه يصير ضامنًا» يدلُّ على أنَّه يضمن في الفاسد، ولا يضمن في الصَّحيح)، زاد في (ن): (من هامش النُّسخة المعتمدة).

فأمَّا قول أصحابنا فيمن عجَّل زكاته ثمَّ تلف المال، وقلنا: له الرُّجوع به[١]: إنَّه إذا تلف ضمنه القابض، فليس من القبض الفاسد بشيء؛ لأنَّه وقع صحيحًا، لكنَّه مراعًى، فإن بقي النِّصاب تبيَّنَّا أنَّه قبض زكاة، وإن تلف تبيَّنَّا أنَّها لم تكن زكاة؛ فيرجع بها.

نعم، إذا ظهر قابض الزَّكاة ممَّن لا يجوز له أخذها؛ فإنَّه يضمنها؛ لكون القبض لم يملك به، وهو مفرِّط بقبض ما لا يجوز له قبضه؛ فهذا من القبض الباطل[٢] لا الفاسد[٣].

وليس المراد: أنَّ كلَّ حال ضمن فيها في العقد الصَّحيح ضمن في مثلها من(١) الفاسد، فإنَّ البيع الصَّحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة، وإنَّما تضمن(٢) العين بالثمن، والمقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب.

والإجارة الصَّحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم(٣) العين المعقود

---

[١] كتب على هامش (ن): (والمذهب: أنَّه لا يرجع به مطلقًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: وكلامنا إنما هو في المقبوض الفاسد).

[٣] كتب على هامش (ن): (هذا التَّفريق بين الباطل والفاسد، والمعروف عند أصحابنا: التَّسوية بينهما، وأنَّهما مترادفان، وإنَّما يفرِّق بينهما الحنفيَّة. من خط قاضي القضاة أحمد البغدادي الحنبلي، فلينظر).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): في.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): يضمن.

(٣) في (ب): بتسلُّم.

عليها، سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع، وفي الإجارة الفاسدة روايتان:

إحداهما[١]: كذلك.

والثَّانية: لا تجب الأجرة إلَّا بالانتفاع، ولعلَّها راجعة إلى أنَّ المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلَّا بالانتفاع، وهو الأشبه.

وكذلك يخرَّج في ضمان منفعة المبيع(١)[٢] ههنا، ولكن نقل جماعة عن أحمد ما يدلُّ على أنَّ الإجارة الصَّحيحة لا تجب فيها الأجرة إلَّا بقدر الانتفاع إذا ترك المستأجر بقيَّة الانتفاع بعذر من جهته(٢)، وتأوَّلها القاضي وابن عقيل، وأقرَّها صاحب «شرح الهداية» والقاضي أيضًا في بعض تعاليقه[٣].

والنِّكاح الصَّحيح يستقرُّ فيه المهر بالخلوة بدون الوطء، وفي النِّكاح

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (في أنَّها لا تضمن إلَّا بالانتفاع).

[٣] كتب على هامش (ن): (من غير تأويل، فتكون رواية ثانية).

---

(١) في (أ) و(و): البيع.

(٢) قال القاضي أبو يعلى في الروايتين والوجهين (١/ ٦٢٦): (إذا استأجر دارًا مدة بعينها، فسكن بعض المدة وانتقل عنها باختياره، فنقل أبو طالب: يلزمه جميع الكرى للمدة، قال أبو بكر: وقد نقل ذلك الأثرم وإبراهيم بن الحارث، وانفرد أبو الحارث عنه، فقال: عليه بقدر ما ترك من الشهر، وعندي: أن هذا محمول على أنه انتقل لعذر منعه من السكنى، فأما أن ينتقل باختياره فإن جميع الأجرة تلزمه).

الفاسد روايتان أيضًا[١]، وقد قيل: إنَّ ذلك مبنيٌّ[٢] على أنَّ البضع هل تثبت عليه اليد أم لا؟

وقد نُقل عن أحمد فيما إذا نكح العبد نكاحًا فاسدًا: أنَّه لا مهر لها(١)، وهو محمول على أنَّه لم يوجد دخول، أو على أنَّهما كانا عالمين بالتَّحريم فتكون زانيةً.

ونقل ابن مُشَيش وحرب عنه: أنَّ البيع المقبوض[٣] من غير تسمية ثمن لا يُضمَن؛ لأنَّه على ملك البائع، وقد سبق ذلك(٢)، والعمل في المذهب على خلافه.

إذا تقرَّر هذا: فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمَّى فيه، أو بقيمة المثل؟ فيه خلاف في مسائل:

منها: البيع، والمعروف في المذهب: ضمانه بالقيمة لا بالثَّمن

---

[١] كتب على هامش (ن): (كما في الإجارة).

[٢] كتب على هامش (ن): (والصَّحيح: عدم البناء).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: على وجه السَّوم).

---

(١) قال إسحاق بن منصور في مسائله (٤/ ١٥٣٠): (قلت: تزويجُ العبد بغير إذن مولاه؟ قال: هو على قول ابن عمر رضي الله عنهما: زِنًى. قلت: فإن أجازه المولى بعد ذلك؟ قال: يستأنف النكاح. قيل له: يجلد؟ قال: على قول ابن عمر نعم، ولكن حديث أبي موسى. قلتُ: فليس لها صداق ولا عليها العدة؟ قال: هكذا هو قولُ ابن عمر، كأنه مال إلى حديث أبي موسى).

(٢) ينظر: (١/ ٢٨٤) عند قوله: (علَّل الضَّمان في رواية). كتب على هامش (ن): (أي: في القاعدة الثالثة والأربعين).

المسمَّى فيه، نصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب(١)؛ لأنَّ المسمَّى إنَّما وقع الرِّضى به في ضمان العقد، والعقد غير موجب للضَّمان، وإنَّما يترتَّب الضَّمان بأمر آخر طارئ على العقد، وهو التَّلف تحت يده، فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل، كما لو اتَّفقا على ضمان العارية عند إقباضها بشيء ثمَّ تلفت؛ فإنَّه يلغو المتَّفق عليه، ويجب المثل أو القيمة كذلك ههنا.

وحكى القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في «الفصول» في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز: أنَّ المقبوض بالبيع الفاسد يُضمن بالمسمَّى، وهو اختيار الشَّيخ تقيِّ الدِّين، وقال: إنَّه قياس المذهب(٢)؛ آخذًا له من النِّكاح.

قال: لأنَّ إقباضه إيَّاه إذن له في إتلافه بالعوض المسمَّى، فأشبه ما لو قال له: أتلفه بألف درهم، فأتلفه؛ فإنَّه لا يستحقُّ غير ما سُمِّي له.

وقد يجاب عن هذا: بأنَّ المسمَّى إنَّما جعل عوضًا عن الملك لا عن الإتلاف، ولم يتضمَّن العقد إذنًا في الإتلاف، إنَّما تضمَّن نقل ملك بعوض، ولم يوجد نقل الملك؛ فلا يثبت العوض، وإنَّما وجب الضَّمان بسبب متجدِّد[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو التلف الطَّارئ بعد العقد).

---

(١) نقل ابن منصور عن أحمد (٦/ ٢٩٦٩): (كلُّ بيع فاسد: يأخذ القيمة، ويتنزه عن الفضل).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٤٠٩-٤١٠).

ومنها: الإجارة الفاسدة، والمعروف من المذهب: ضمانها بأجرة المثل أيضًا.

ويتخرَّج على قول أبي بكر: أنَّها تضمن بالأجرة المسمَّاة، والقول فيها كالقول في البيع سواء.

ومنها: الكتابة الفاسدة تُضمن بالمسمَّى، فإذا أدَّى ما سمَّى فيها؛ حصل العتق، ولم يلزمه ضمان قيمته، ذكره أبو بكر، وهو ظاهر كلام أحمد(١)، واتَّفق الأصحاب على ذلك.

لكنِ المتأخِّرون زعموا أنَّ الكتابة الفاسدة تعليق بصفة[١]؛ فلا يؤثِّر فسادها ولا تحريمها، كما لو قال لعبده: إن أعطيتني خمرًا؛ فأنت حرٌّ، فأعطاه؛ عَتَق لوجود الصِّفة.

وأمَّا أبو بكر؛ فعنده أنَّ الكتابة عقد معاوضة أبدًا[٢]، وهو اختيار ابن عقيل، وهو الأظهر، ولا يقع العتق عنده بأداء المحرَّم؛ لأنَّ العقد لا ينعقد بعوض محرَّم، بل هو عنده باطل.

ومنها: النِّكاح الفاسد يستقرُّ بالدُّخول فيه وجوب المهر المسمَّى في الرِّواية المشهورة عن أحمد، وهي المذهب عند أبي بكر وابن

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب؛ أي: لا عقد معاوضة، كما يقوله أبو بكر).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لا تعليق عتق بصفة، كما زعمه المتأخِّرون).

---

(١) قال في المغني (١٠/ ٣٣٧): (وهو ظاهر كلام أحمد، في رواية الميموني، إذا كاتبه كتابة فاسدة، فأدى ما كوتب عليه، عَتَق ما لم تكن الكتابة محرمة).

أبي موسى، واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كُتب الخلاف.

ويفرَّق بين النِّكاح والبيع: بأنَّ النَّكاح مع فساده منعقد، ويترتَّب عليه أكثر أحكام الصَّحيح؛ من وقوع الطَّلاق، ولزوم عدَّة الوفاة بعد الموت، والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة، ووجوب المهر فيه بالعقد، وتقرُّره بالخلوة؛ فلذلك لزم المهر المسمَّى فيه كالصَّحيح.

يوضحه[١]: أنَّ ضمان المهر[٢] في النِّكاح الفاسد ضمان عقد؛ كضمانه في الصَّحيح، وضمان البيع الفاسد ضمان تلف، بخلاف البيع الصَّحيح؛ فإنَّ ضمانه ضمان عقد.

وحكي عن أحمد رواية أخرى: أنَّ الواجب مهر المثل؛ أخذًا من رواية المروذيِّ عنه في عبد تزوَّج بغير إذن سيِّده، فدخل بها؛ فقد جعل لها عثمان الخُمُسَيْن(١)، وأنا أذهب إلى أن تُعطى شيئًا(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الفرق بين النِّكاح والبيع).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: المسمَّى).

---

(١) روى عبد الرزاق (١٣٠٧٤) بإسناده عن عامر الشعبي، أو عبد الله بن قيس: «كان غلامٌ لأبي موسى راعٍ، فغرَّ حرة فتزوجها بغير إذن أبي موسى، وأصدقها خَمْس ذَوْد من إبل أبي موسى، فأعطاها عثمان بعيرين، ورد إليه ثلاثة أبعرة»، وروى نحوه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٨٥٤).

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٨٨).

وفي مسائل ابن هانئ (١/ ٢٢٠): (سألت أبا عبد الله عن العبد إذا تزوج بغير إذن سيده، هل تعطى المرأة المهر؟ قال: أما ابن عمر فإنه كان يقول: هو زنًى، وأما عثمان بن عفان فكان يقول: تعطى الخمسين من الصداق، وبه آخذ).

فلم يوجب المسمَّى، وهو اختيار الخرقيِّ وصاحب «المغني»، واستدلُّوا بقوله عليه الصَّلاة والسَّلام فيمن أنكحت نفسها: «إنَّ لها المهر بما استحل منها»(١)؛ فأوجب المهر بالاستحلال وهو الإصابة؛ فدلَّ على أنَّه لم يجب بالعقد، وإنَّما وجب بالوطء، والواجب بالوطء: مهر المثل.

وهذا ضعيف؛ فإنَّ الاستحلال يحصل بمحاولة الحلِّ وتحصيله وإن لم يوجد الوطء، وقد يطلق[١] على استحلال ما لا يحلُّ من الأجنبية مثله[٢]، وهو[٣] الخلوة أو المباشرة(٢)[٤]، وذلك مقرِّر عندنا للمهر[٥]، وقد قال ﷺ للملاعن مثل ذلك(٣)، وليس محمولًا عندنا إلَّا على ما

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الاستحلال).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: مِن أنَّ الاستحلال يحصل بمحاولة الحلِّ وتحصيله، أو أنَّه ما لا يحلُّ من الأجنبيَّة مثله، وهو الخلوة أو المباشرة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: ما لا يحلُّ من الأجنبيَّة مثله).

[٤] كتب على هامش (ن): (يعني: فيما دون الفرج).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: كاملًا).

(١) يشير إلى حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب من فرجها» أخرجه أحمد (٢٤٣٧٢)، وأبو داود (٢٠٨٤)، والترمذي (١١٠٢).

(٢) في (أ): والمباشرة.

(٣) كما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال النبي ﷺ للمتلاعنين: «حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها» قال: مالي؟ قال: «لا مال لك، إن كنت =

ذكرنا، لا على حقيقة الوطء.

فأمَّا عقود المشاركات إذا فسدت؛ كالشركة والمضاربة؛ فهل يجب المسمَّى فيها أو أجرة المثل؟

فيه خلاف بين الأصحاب، وليس ذلك ممَّا نحن فيه؛ لأنَّ كلامنا في ضمان القابض بالعقد الفاسد، وهذه العقود لا ضمان فيها على القابض، وإنَّما يجب له فيها العوض بعمله[١]؛ إمَّا المسمَّى، وإمَّا أجرة المثل على خلافٍ فيه.

---

[١] قال ابن نصر الله رَحِمَهُ اللَّهُ: لكن يناسب ما الكلام فيه، من جهة أنَّ العقد الفاسد؛ يُعطى حكم العقد الصَّحيح في وجوب المسمَّى أو لا؟

= صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد لك» أخرجه البخاري (٥٣١٢)، ومسلم (١٤٩٣).

قاعدة [٤٨]

كلُّ من ملك شيئًا بعوض؛ ملك عليه عوضه في آن واحد.

ويطَّرد هذا في البيع، والسَّلم، والقرض، والإجارة؛ فيملك المستأجر المنافع، والمؤجر الأجرة بنفس العقد.

وكذلك في النِّكاح على ظاهر المذهب؛ فيملك الزَّوج منفعة(١) البضع بالعقد، وتملك المرأة به الصَّداق كلَّه.

وكذلك الكتابة، يملك العبد منافعه وأكسابه، وتملك(٢) عليه النُّجوم بنفس العقد.

وكذلك الخلع، والإعتاق على مال.

وكذلك المعاوضات القهريَّة؛ كأخذ المضطرِّ طعام الغير، وأخذ الشِّفيع الشِّقص ونحوهما.

وأمَّا تسليم العوضين[١]؛ فمتى كان أحدهما مؤجَّلًا؛ لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: اللَّذين ملكهما كلٌّ من المتعاوضين في آن واحد، كما في الأقسام التي ساقها المصنِّف).

---

(١) قوله: (منفعة). سقطت من (أ) و(ج).

(٢) ف (أ) و(ج) و(د): يملك.

وإن كانا حالَّين: ففي البيع؛ إن كان الثَّمن دينًا في الذِّمة، فالمذهب: وجوب إقباض البائع أوَّلًا؛ لأنَّ حقَّ المشتري(١) تعلَّق بعين؛ فقُدِّم على الحقِّ المتعلِّق بالذِّمة، ولا يجوز للبائع(٢) حبس المبيع عنده على الثَّمن على المنصوص؛ لأنَّه صار في يده أمانة، فوجب ردُّه بالمطالبة كسائر الأمانات.

واختار صاحب «المغني»: أنَّ له الامتناع من إقباضه حتَّى يحضر الثَّمن؛ لأنَّ في تسليمه بدون الثَّمن ضررًا بفوات الثَّمن عليه؛ فلا يلزمه تسليمه حتَّى يُحضِره.

وقال أبو الخطاب في «انتصاره»: الصَّحيح عندي أنَّه لا يلزمه التَّسليم حتَّى يتسلَّم الثَّمن كما في النِّكاح، وإن كان عينًا، فهما سواء، ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتَّسليم، بل ينصَّب عند التَّنازع من يَقْبض منهما، ثُمَّ يُقْبِضُهما، فإن كان هناك خيار لهما أو لأحدهما؛ لم يملك البائع المطالبة بالنَّقد، ذكره القاضي في الإجارات من «خلافه»، وصرَّح به الأزجيُّ في «نهايته».

ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدَّة الخيار بدون إذن صريح من البائع، نصَّ عليه أحمد في رواية الشَّالنجيِّ.

وأمَّا في الإجارة؛ فالمذهب[١]: أنَّه لا يجب تسليم الأجرة إلَّا بعد

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو الصَّحيح).

---

(١) في (أ) و(ج) و(و): حقه. مكان قوله: (حقَّ المشتري).

(٢) في (أ) و(ج) و(و): له.

تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها، كما لا يجب دفع الثَّمن إلَّا بعد تسلم المبيع، ومتى تسلَّم العين؛ وجب عليه تسليم الثَّمن(١)؛ لتمكُّنه من الانتفاع بقبضها، نصَّ عليه أحمد.

وقال القاضي في «تعليقه»: إنَّ الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا شرع في العمل[١]؛ لأنَّه قد سلَّم نفسه لاستيفاء المنفعة؛ فهو كتسليم الدَّار المؤجرة.

ولعلَّه يخصُّ ذلك بالأجير الخاصِّ؛ لأنَّ منافعه تتلف تحت يد المستأجر؛ فهو شبيه بتسلم العقار.

وقال ابن أبي موسى: من استؤجر لعمل معلوم؛ استحقَّ الأجرة عند إيفاء العمل، وإن استؤجر في كلِّ يوم بأجر معلوم؛ فله أجر كلِّ يوم عند تمامه(٢).

وظاهر هذا: أنَّ المستأجر للعمل مدَّة تجب له أجرة كلِّ يوم في آخره؛ لأنَّ ذلك مقتضى العرف، وقد يحمل على ما إذا كانت المدَّة مطلقة غير معيَّنة؛ كاستئجاره كلَّ يوم بكذا؛ فإنَّه يصحُّ، ويثبت له الخيار في آخر كلِّ يوم، فتجب له الأجرة فيه؛ لأنَّه غير ملزَم بالعمل فيما بعده، ولأنَّ مدَّته لا تنتهي؛ فلا يمكن تأخير إعطائه إلى تمامها، أو على

[١] كتب على هامش (ن): (وهو قياس تسليم العين).

(١) في (ب) و(د) و(ن): الأجرة.
(٢) ينظر: الإرشاد إلى سبيل الرشاد ص: ٢٠٩.

أنَّ المدَّة المعيَّنة إذا عَيَّن لكلٍّ يوم منها قسطًا من الأجرة؛ فهي إجارات متعدِّدة.

وأمَّا النِّكاح؛ فتستحقُّ المرأة فيه المهر[١] بالعقد، ولها الامتناع من التَّسليم حتَّى تقبضه في المذهب، ذكره الخرقيُّ والأصحاب، ونقله ابن المنذر اتِّفاقًا من العلماء(١)، وعلَّله الأصحاب: بأنَّ المنفعة المعقود عليها تتلف بالاستيفاء، فإذا تعذَّر استيفاء المهر عليها؛ لم يمكنها استرجاع عوضها، بخلاف المبيع، فلذلك ملكت الامتناع من التَّسليم حتَّى تقبضه.

وهذه العلَّة موجودة فيما لا يتباقى من المبيع من المطعومات والمشروبات والفواكه والرَّياحين، بل وفي سلع التِّجارة أيضًا، وهذا ممَّا يرجِّح ما اختاره أبو الخطَّاب.

وأيضًا: فطرد هذا التَّعليل أن يجوز الامتناع من تسليم العين المؤجرة حتَّى يستوفي الأجرة؛ لأنَّ المعقود عليه يتلف أيضًا ويستهلك، فلا يمكن استرداده عند تعذُّر الوصول إلى الأجرة.

لكن قد يفرَّق بينهما[٢]: بأنَّ الزَّوج إذا تسلَّم المرأة؛ فإنَّه يستوفي

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الحالَّ، فإنَّ الذي لها الامتناع من التَّسليم حتَّى تقبضه؛ إنَّما هو المهر الحالُّ).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بين الإجارة والنِّكاح).

(١) قال ابن المنذر في الإجماع (ص ٧٨): (وأجمعوا أن للمرأة أن تمنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهره).

في الحال ما يستقرُّ به المهر، فإذا تعذَّر أخذ المهر منه؛ فات على الزَّوجة المهر وما قابله، وأمَّا في الإجارة: فإذا تسلَّم المستأجر العين المؤجرة؛ فللمؤجر المطالبة حينئذ بالأجرة، فإن تعذَّر حصولها؛ ملك الفسخ، فيرجع إلى المؤجر ما خرج عنه أو غالبه.

وهذا إذا كانت الزَّوجة ممَّن يمكن الاستمتاع بها، فإن كانت لا تصلح لذلك:

فقال ابن حامد وغيره: لها المطالبة به أيضًا[١].

ورجَّح صاحب «المغني» خلافه(١)، وخرَّجه صاحب «التَّرغيب» ممَّا حكى الآمديُّ: أنَّه لا تجب البداءة بتسليم المهر، بل يُعدَّل كالثمن المعين(٢)؛ فلا يلزم تسليم المهر إلا عند التمكن من تسلم(٣) العوض المعقود عليه.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: الأشبه عندي: أنَّ الصَّغيرة تستحقُّ المطالبة لها بنصف الصَّداق؛ لأنَّ النصف يُستحقُّ بإزاء الحبس، فهو حاصل بالعقد، والنِّصف الآخر بإزاء الدُّخول؛ فلا تستحقُّه إلَّا بالتَّمكن(٤).

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) المغني (٧/ ٢٥٩).
(٢) نص الأصحاب على أن البائع والمشتري إذا أبى كلٌّ منهما تسليم ما بيده حتى يقبض العوض، وكان الثمن عينًا؛ فإنه يُنصَّب عدلٌ يقبض منهما، ويسلم المبيع للمشتري، ثم الثمن للبائع. ينظر: الروض المربع ٢/ ٢٤٦.
(٣) في (أ) و (هـ): تسليم.
(٤) في (ب): بالتمكين. وينظر اختيار شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٥/ ٤٧٦.

أمَّا لو استقرَّ المهر بالدُّخول، ثمَّ نشزت المرأة: فلا نفقة لها، ولها ولوليها - أو سيِّدها إن كانت أمة - المطالبة بالمهر[١]، ذكره أبو بكر وغيره؛ لأنَّ وجوبه استقرَّ بالتَّمكُّن؛ فلا يؤثِّر فيه ما طرأ عليه بعده.

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لا الامتناع من التَّسليم بعد الدُّخول).

قاعدة [٤٩]

القبض في العقود على قسمين:

أحدهما: أن يكون من موجَبِ العقد ومقتضاه؛ كالبيع اللَّازم، والرَّهن اللَّازم، والهبة اللَّازمة[١]، والصَّدَاق[٢]، وعوض الخلع؛ فهذه العقود تلزم من غير قبض، وإنَّما القبض فيها من موجَبات عقودها.

والثَّاني: أن تكون من تمام العقد؛ كالقبض في السَّلم والرِّبويات، وفي الرَّهن والهبة والوقف على رواية، والوصية على وجه، وفي بيع غير المعيَّن[٣] أيضًا على خلاف فيه.

فأمَّا السَّلَم: فمتى تفرَّقا قبل قبض رأس ماله؛ بطل[٤]، وكذلك في الرِّبويات.

وأمَّا الرَّهن والهبة: فهل يعتبر القبض فيهما في جميع الأعيان، أو

---

[١] كتب على هامش (ن): (كأن يكون الموهوب في يد المتهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (الأولى: والنِّكاح والخلع).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المبهم).

[٤] كتب على هامش (ن): (قوله: «بطل» يدلُّ على أنَّه كان قد انعقد قبل التَّفرق، وهو كذلك، غير أنَّه انعقاد مراعًى، فإن اتَّصل بالقبض في المجلس؛ لزم، وإلَّا بطل).

في المبهم غير المتميِّز؛ كقفيز من صبرة؟ على روايتين[١].

وأمَّا الوقف: ففي لزومه بدون إخراج الواقف عن يده روايتان معروفتان[٢].

وأمَّا الوصية: فهل تلزم بالقبول في المبهم[٣]؟ فيه وجهان.

واختار القاضي وابن عقيل: أنَّها لا تلزم فيه بدون قبض.

وخرَّج صاحب «المغني» وجهًا ثالثًا: أنَّها لا تلزم بدون القبض مطلقًا؛ كالهبة.

وكذلك حكى صاحب «المغني» وغيره وجهين في ردِّ الموقوف عليه المعيَّن للوقف؛ هل يبطل برده[٤]؟

[١] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: في جميع الأعيان).

[٢] كتب على هامش (ن): (لكن ليس في شيء من الرِّوايتين اشتراط قبض الموقوف عليه له، قال في «الرِّعاية»: وعنه إن أخرجه قبل موته عن يده إلى الموقوف عليه أو غيره فحازه، وإلَّا لم يخرج عن ملكه وبطل وقفه).
وكتب على هامش (ن) بخط آخر: (القاضي في الخلاف لما ذكر في المسألة في الوقف كما ذكرها المؤلِّف، عبَّر في استدلاله على المشهور: بالافتقار إلى القبض وعدمه، وكأنَّه نظر إلى أنَّه حيث يخرجه الواقف عن يده فقد خلَّى بينه وبين الموقوف عليه، والقبض في الوقوف غالبًا إنَّما هو بالتَّخلية، وإن كان بغيرها في المنقول؛ فإنَّه يعتبر فيه ذلك أيضًا، هذا ما ظهر لي، فليحرَّر).

[٣] كتب على هامش (ن): (يعني: بدون القبض).

[٤] كتب على هامش (ن): (الصَّحيح: أنَّه لا يبطل بردِّه).

وصرَّح القاضي في «المجرد»: بأنَّ الملك فيه لا يلزم بدون القبض.

وأمَّا المبيع المبهم: فذكر القاضي في موضع: أنَّه غير لازم بدون القبض.

وذكر في موضع آخر: أنَّه لازم من جهة البائع، ولم يتعرَّض للمشتري، ولعلَّه جعله غير لازم من جهته؛ لأنَّه لم يدخل في ضمانه بعد.

واختار صاحب «المغني»: أنَّه لازم في حقِّهما جميعًا، وقال: هو ظاهر كلام الخرقيِّ[١].

واعلم: أنَّ كثيرًا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرًا للزومها واستمرارها، لا لانعقادها وإنشائها، وممَّن صرَّح بذلك[٢] صاحب «المغني»، وأبو الخطَّاب في «انتصاره»، وصاحب «التَّلخيص»، وغيرهم.

ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطًا للصِّحَّة، وممَّن صرح بذلك صاحب «المحرر» فيه في الصَّرف والسَّلم والهبة، وقال في «الشرح»(١): مذهبنا أنَّ الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض،

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (إلى أنَّ كونه من القسم الثَّاني).

---

(١) أي: في شرح الهداية. ينظر: الإنصاف ١٧/ ١٨. وكتب على هامش (ن): (يعني: شرح «الهداية» لصاحب «المحرَّر»).

وفرِّع عليه: إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبد موهوب(١) لم يُقبَض، ثمَّ قبض، وقلنا: يعتبر في هبته القبض؛ ففطرته على الواهب.

وكذلك صرح ابن عقيل: بأنَّ القبض ركن من أركان الهبة؛ كالإيجاب في غيرها، وكلام الخرقيِّ يدلُّ عليه أيضًا.

وكذلك ذكر القاضي: أنَّ القبض شرط في صحَّة الصَّرف والسَّلم، وصرَّح به كثير من الأصحاب[١]، ولكن صاحب «المحرر» لم يذكر في الرَّهن إلَّا أنَّ القبض شرط للزومه[٢].

وصرَّح أبو بكر بأنَّه شرط لصحته، وأنَّ الرَّهن يبطل بزواله، وكذلك صاحب «المحرر» في «شرح الهداية»، والشِّيرازيُّ، والحلوانيُّ(٢) وغيرهم.

وأمَّا القرض، والصَّدقة كالزَّكاة وغيرها؛ ففيها طريقتان:

إحداهما: لا تملك إلَّا بالقبض رواية واحدة، وهي طريقة «المجرد» و«المبهج»، ونصَّ عليه أحمد في مواضع(٣).

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) زاد في (هـ): له.

(٢) قوله: (الحلواني) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و) و(ن).

(٣) من ذلك: ما جاء في مسائل ابن هانئ (٢/٤٨): (سمعت أبا عبد الله وسئل عن: الرجل يدفع إلى الرجل درهم أو أكثر فيقول: تصدق بهذا عني، فيموت الرجل ولم يكن تصدق بها، كيف ترى له أن يصنع بها؟ قال: يرجع بها إلى الورثة. قيل له: إنه أوصى إليه أن يصدق بها. قال: أرأيت لو أراد أن يرجع في قبضها أَله أن يأخذها؟ =

والثَّانية: أنَّه في المبهم لا يملك بدون القبض، بخلاف المعيَّن؛ فإنَّه يملك فيه بالعقد، وهي طريقة القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «مفرداته»، والحلوانيِّ وابنه، إلَّا أنَّهما حكيا في المعيَّن روايتين؛ كالهبة.

وأمَّا السَّهم من الغنيمة: فيملك بدون القبض إذا عيَّنه الإمام، بغير خلاف، صرَّح به الحلواني وابن عقيل وغيرهما.

وأمَّا العارية: فلا تملك بدون القبض إن قيل: إنَّها هبة منفعة.

وخرَّج القاضي فيها رواية أخرى: أنَّها تملك بمجرَّد العقد؛ كهبة الأعيان، وتلزم إذا كانت مؤقتة.

وإن قيل: هي إباحة[١]؛ فلا يحصل الملك فيها بحال، بل تستوفى على ملك المالك؛ كطعام الضَّيف.

قال الشيخ تقيُّ الدِّين: (التحقيق أن يقال في هذه العقود: إذا لم يحصل القبض؛ فلا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول: بطل العقد، فكما يقال: إذا لم يقبل المخاطب؛ بطل الإيجاب؛ فهذا بطلان ما لم يتمَّ، لا بطلان ما تمَّ)(١) انتهى.

ولا يستبعد توقُّف انعقاد العقد على أمر زائد[٢] على الإيجاب

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو القبض).

= فقيل: نعم. قال: كذلك أيضًا هي له ما لم يتصدق بها).

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى ٥/ ٣٩٢، بنحوه.

والقبول؛ كما يتوقَّف انعقاد النِّكاح معهما على الشَّهادة.

وفي الهبة وجه ثالث حُكي عن ابن حامد: أنَّ الملك يقع فيها مراعًى، فإن وجد القبض تبيَّنا أنَّه كان للموهوب بقبوله، وإلَّا فهو للواهب، وفرَّع على ذلك حكم الفطرة[١]، وقد يطَّرد قوله[٢] بالوقف[٣] والمراعاة إلى بقيَّة هذه العقود.

وأمَّا البيع الَّذي يعتبر له القبض؛ ففي كلام أبي بكر ما يدلُّ على أنَّه لا ينعقد بدون القبض أيضًا؛ فإنَّه قال: إذا اشتراه كيلًا، فلا بيع بينهما إلَّا كيلًا.

وتأوَّله القاضي على نفي انتقال(١) الضَّمان، وهو[٤] بعيد(٢)، قال: لأنَّ أحمد قيل له في رواية ابن مُشَيش: أليس قد ملكه المشتري؟! قال: بلى، ولكن هو من مال البائع؛ يعني: إذا تلف.

قلت: ولكن صرَّح أحمد في رواية ابن منصور(٣) بانتفاء الملك قبل

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في العبد الموهوب قبل غروب الشَّمس إذا قبضه الواهب؛ فتجب عليه، وإلَّا فلا).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: قول ابن حامد).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: في الوقف والمراعاة في الملك على القبض).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: تأويل نفي البيع على نفي الضَّمان).

---

(١) قوله: (انتقال) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن).

(٢) زاد في (ج): جدًا.

(٣) مسائل ابن منصور ٦/٢٨٠٧.

القبض، فقال: أمَّا ما يكال ويوزن؛ فلا بدَّ للبائع أن يوفِّيه المبتاع؛ لأنَّ ملك البائع فيه قائم حتَّى يوفِّيه المشتري، وما لا يكال ولا يوزن إذا كان معلومًا؛ فهو ملك للمشتري، فما لزمه من شيء فهو عليه.

وقال أيضًا في طعام اشتُري(١) بالصِّفة: لا يحرِّك البائع الثَّمن[١]، والبائع مالك بعد، ما لم يكله المشتري.

وهذا صريح لا يمكن تأويله، فيكون إذًا عن أحمد في انتقال الملك في بيع المكيل والموزون بدون القبض: روايتان[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لا يتصرَّف البائع في الثَّمن حتَّى يقبض المبيع للمشتري؛ لأنَّه باق على ملك البائع حتَّى يقبضه للمشتري على هذه الرِّواية).

[٢] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: أنَّه ينتقل بدون القبض).

---

(١) في (أ): اشتراه.

قاعدة [٥٠]

هل يتوقَّف الملك في العقود القهريَّة على دفع الثَّمن، أو يقع[١] بدونه مضمونًا في الذِّمة؟

هذا على ضربين:

أحدهما: التَّملُّك الاضطراريُّ؛ كمن اضطرَّ إلى طعام الغير ومُنِعَه وقدر على أخذه؛ فإنَّه يأخذه مضمونًا، سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أو لا؛ لأنَّ ضرره لا يندفع إلَّا بذلك.

والثَّاني: ما عداه من التَّملُّكات المشروعة؛ لإزالة ضرر ما؛ كالأخذ بالشُّفعة، وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر، والزَّرع من الغاصب، وتقويم الشِّقص من العبد المشترك إذا قيل: إنَّه[٢] تملُّك يقف على التَّقويم[٣]، وكالفسوخ الَّتي يستقلُّ بها البائع بعد قبض الثَّمن؛ فيُخرَّج ذلك كلُّه على وجهين؛ فإنَّ لأصحابنا في الأخذ بالشُّفعة وجهين:

[١] كتب على هامش (ن): (أي: التَّملُّك).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: أخذ الشِّقص بالتَّملُّك عند حصول الضَّرر من شريكه).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: تقويم الشِّقص دون دفع الثَّمن).

أحدهما: لا يملك بدون دفع الثَّمن، وهو محكي عن ابن عقيل، ويشهد له نصُّ أحمد: أنَّه إذا لم يحضر المال مدَّة طويلة؛ بطلت شفعته.

والثَّاني[١]: يملك بدونه مضمونًا في الذِّمة.

ونصَّ أحمد في فسخ البائع: أنَّه لا ينفذ بدون ردِّ الثَّمن، قال أبو طالب: قلت لأحمد: يقولون: إذا كان له الخيار؛ فمتى قال[٢]: اخترت داري أو أرضي؛ فالخيار له، ويطالب بالثَّمن، قال: كيف له الخيار ولم يعطه ماله؟! ليس هذا بشيء، إن أعطاه فله الخيار، وإن لم يعطه ماله فليس له خيار.

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين ذلك، وقد يتخرَّج مثله في سائر المسائل؛ لأنَّ التَّسليط على انتزاع الأموال قهرًا إن لم يقترن به دفع العوض، وإلَّا حصل به ضرر وفساد، وأصل الانتزاع القهريِّ إنَّما يُشرع(١) لدفع الضَّرر، والضرر لا يزال بالضَّرر.

وقد يفرَّق بين مسألة أبي طالب وبقيَّة المسائل: بأنَّ البائع لو فسخ من غير دفع الثَّمن؛ لاجتمع له العوض والمعوَّض، وذلك ممتنع، ولا يوجد مثله في بقية الصُّور؛ إذ أكثر ما فيها التَّملك بعوض في الذِّمَّة، وهو جائز كالقرض وغيره.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (من مقول القول).

---

(١) في (ب) و (ج) و(د) و(هـ) و(و): شرع.

تنبيه:

الأملاك القهريَّة تخالف الاختياريَّة من جهة أسبابها، وشروطها، وأحكامها، وتملك ما لا يُتملَّك بها.

أمَّا الأوَّل؛ فيحصل التَّملُّك القهريُّ بالاستيلاء على ملك الغير[١] الأجنبيِّ، بخلاف الاختياريِّ.

وأمَّا الثَّاني؛ فالتَّملُّك القهريُّ كالأخذ بالشُّفعة[٢]: هل يشترط له معرفته؛ كالبيع؟ أم لا؛ لأنَّه قهريٌّ كالميراث؟ قال في «التَّلخيص»: فيه تردد[٣].

وأمَّا الثَّالث؛ فقد ذكرنا اشتراط دفع الثَّمن للتَّملُّك القهريِّ، وللمشتري حبس الشِّقص المشفوع على دفع الثَّمن وإن قلنا: يملك بدونه وينفذ تصرف الشفيع(١) فيه قبل قبضه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (حذفه أولى). وكتب على هامش (ن) أيضًا: (كأنَّه يعني به الاستيلاء على الغنيمة).

[٢] كتب على هامش (ن): (قال في «المغني» في فصل: «ويملك الشَّفيع الشِّقص بأخذه» في آخره: وإن كان الثَّمن مجهولًا أو الشِّقص؛ لم يملكه بذلك، يعني بقوله: قد أخذت الشِّقص بالثَّمن الَّذي تمَّ عليه العقد؛ لأنَّه بيع في الحقيقة، فيعتبر العلم بالعوضين؛ كسائر البيوع).

[٣] كتب على هامش (ن): (الصحيح: لا يشترط).

---

(١) في (أ): المشتري.

وهل يثبت له[١] فيه خيار المجلس؟ على وجهين[٢]، قال في «التلخيص»: ويخرَّج التَّردد في الجميع؛ نظرًا إلى الجهتين.

وأمَّا الرَّابع؛ فيَملِك الكافرُ العبدَ المسلم بالإرث، ويردُّه(١) عليه بعيب ونحوه في أحد الوجهين، وباستيلاد المسلم أمته[٣]، وبالقهر.

وكذلك تُملك المصاحف بهذه الأسباب.

وهل تُملك أمُّ ولد(٢) المسلم بالقهر؟ على روايتين[٤].

ويُملك بالميراث الخمرُ والكلبُ.

وكذا الصَّيد في حقِّ المحرم على أحد الوجهين، والمرهون.

ولا يُتملَّك ذلك كلُّه بالاختيار.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الشَّفيع).

[٢] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: لا).

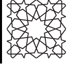
[٣] كتب على هامش (ن): (أي: بوطء شبهة أو بنكاح عند من يراه).

[٤] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: نعم).

---

(١) في (ب): ويردُّ.

(٢) في (أ): الولد.



قاعدة [٥١]

فيما يُعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكه وما لا يعتبر له.

الملك يقع تارة بعقد، وتارة بغير عقد.

والعقود نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات المحضة؛ فينتقل الضَّمان فيها إلى من ينتقل الملك إليه بمجرَّد التَّمكُّن من القبض التَّامِّ والحيازة، إذا تميَّز المعقود عليه من غيره وتعيَّن.

فأمَّا المبيع(١) المبهم غير المتعيِّن؛ كقفيز من صبرة[١]؛ فلا ينتقل ضمانها بدون القبض.

وهل يكفي كيله وتمييزه، أم لا بدَّ من نقله؟ حكى الأصحاب فيه روايتين[٢]، ثمَّ لهم طريقان[٣]:

---

[١] كتب على هامش (ن): (صاحب «المستوعب» يجعل قفيزًا من صبرة متعيِّنًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: الأوَّل).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: في صفة ما يحصل به القبض).

---

(١) في (أ) و(و): البيع.

منهم من يقول: هل التَّخلية قبض في جميع الأعيان المبيعة أم لا؟ على الرِّوايتين[١].

ومنهم من يقول: التَّخلية قبض في المبيع المتعيِّن رواية واحدة، وفيما ليس بمتعين إذا عُيِّن وخلِّي بينه وبينه روايتان.

وكلا الطَّريقين سلكه القاضي في «خلافه».

وله طريقة ثالثة سلكها في «المجرَّد»: أنَّ الكيل قبض للمبهم رواية واحدة، وذكر قول أحمد في رواية محمَّد بن الحسن بن هارون: قبضه كيله(١)، وهل التَّخلية قبض في المعيَّنات[٢]؟ على روايتين، وهذه أصحُّ ممَّا قبلها.

وقد فرَّق أحمد بين المبهم؛ فجعل قبضه كيله، وبين الصبرة؛ فجعل قبضها نقلها في رواية الأثرم(٢)؛ لأنَّ المبهم إذا كيل فقد حصل فيه التَّمييز وزيادة، وهي اعتبار قدره، وكلاهما من فعل البائع، وهو الواجب عليه، ولم يوجد في بقيَّة المعيَّنات شيء من ذلك سوى تمييزها بنفسها[٣].

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: السَّابقتين في القاعدة الثَّالثة والأربعين).

[٢] كتب على هامش (ن): (الصَّحيح: أنَّ التَّخلية قبض في بعض المعيَّنات لا في جميعها).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: لا تمييزها بفعل البائع).

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين ١/ ٣٢٧).

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٢٧).

وعلى الطَّريقة الأولى: فيكون بعد كيله وتمييزه كسائر الأعيان المتميِّزة، وما عدا ذلك من الأعيان المتميِّزة فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب؛ لتمكُّنه من قبضه التَّامِّ بالحيازة، وقد انقطعت عُلَق البائع منه؛ لأنَّ عليه تسليمه والتَّمكين من قبضه وقد حصل، إلَّا الثَّمر المشترى في رؤوس شجره، فإنَّ المشتري لا يتمكَّن من كمال قبضه في الحال بحيازته إليه، وكذلك ما لا يتأتَّى نقله في ساعة واحدة لكثرته؛ فإنَّه لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلَّا بعد مضيِّ زمن يتأتَّى فيه نقله عادة، صرَّح به القاضي وغيره.

والنَّاقل للضَّمان هو القدرة التَّامَّة على الاستيفاء والحيازة.

وحكم المبهم المشترى بعدد أو ذرع كذلك.

وأنكر أحمد في رواية ابن منصور دخول المعدود فيه، ولعلَّ مراده: إذا اشترى صبرة، وأمَّا المشاع؛ فكالمتعيِّن؛ لأنَّ تسليمه يكون على هيئته لا يقف على إفرازه، كذلك ذكره القاضي وابن عقيل.

والصُّبَر المبتاعة كيلًا أو وزنًا[1]؛ كالقفيز المبهم عند الخرقيِّ وأبي بكر والأكثرين؛ لأنَّ عُلَق البائع لم تنقطع منها ولم تتميَّز[2]، فإنَّ زيادتها له ونقصها عليه.

وفي «التَّلخيص»: أنَّ بعض الأصحاب خرَّج فيها وجهًا آخر بإلحاقها بالعبد والثَّوب؛ بناءً على أنَّ العلَّة اختلاط المبيع بغيره، قال:

(١) في (أ): ووزنًا.
(٢) في (ب) و(هـ): يتميَّز.

وهو ضعيف.

قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعيِّنات في الصَّرف؛ لقوله عليه الصَّلاة والسَّلام: «إلَّا هاء وهاء»(١)، ومراده: أنَّ الشَّارع اعتبر له القبض، فالتحق بالمبهمات(٢)، يقصد سرعة انبرام العقد فيها؛ فناسبه قطع علق البائع عنها في الحال.

ونقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدًا، فمات في يد المبتاع: هو من مال المبتاع[١]، إلَّا أن يقول للمبتاع[٢]: تسلمه؛ فلا يتسلَّمه(٣).

وظاهر هذا: أنَّه يكون من ضمان البائع؛ إلَّا أن يمتنع المشتري من تسلُّمه بعد عرضه عليه، فيدخل في ضمانه.

ونقل حنبل عنه: إذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثَّمن، فتلف؛ فهو من مال البائع، وإن نقده الثَّمن وتركه عنده؛ فهو من مال المشتري.

ويلتحق بهذه المضمونات[٣] من المبيع: ما اشتُري بصفة أو رؤية

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعلَّه البائع).

[٢] كتب على هامش (ن): (لعلَّه: للمبتاع). الَّذي في النُّسخة المعتمدة بلفظ: "المبتاع" في المواضع الثَّلاثة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: على البائع).

---

(١) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربًا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربًا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربًا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربًا إلا هاء وهاء» أخرجه البخاري (٢١٣٤)، ومسلم (١٥٨٦).

(٢) قوله: (اعتبر له القبض، فالتحق بالمبهمات) سقط من (أ) و(هـ).

(٣) لم نقف عليه في مسائل صالح.

سابقة على العقد؛ لأنَّ الغيبة مانعة من التَّمكُّن من القبض.

فأمَّا البيع في مكان أو زمان يغلب فيه(١) هلاك السِّلعة؛ فهل يكون مضمونًا على البائع مطلقًا أم لا؟

هذه مسألة تبايع الغنيمة بعد القسمة في دار الحرب إذا غلب عليها العدوُّ بعد ذلك، وعن أحمد في ضمانها روايتان[١]، كذا حكى الأصحاب، ولم يفرِّق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده.

وظاهر كلام ابن عقيل التَّفريق، وأنَّه قبل القبض من ضمان البائع قولًا واحدًا؛ كالثَّمر المعلَّق في رؤوس الشَّجر؛ لتعرضه للآفات.

وفيه نظر؛ فإن الثَّمر لم يتمكَّن المشتري من قبضه تامًّا، بخلاف المبيع المعيَّن في دار الحرب.

وخصَّ أكثر الأصحاب ذلك بمال الغنيمة؛ لأنَّ تَطلُّب الكفار لها شديد، وحرصهم على استردادها معلوم، بخلاف غيرها من أموال المسلمين.

وحكى ابن عقيل في تبايع المسلمين(٢) أموالهم بينهم بدار الحرب إذا غلب عليه العدوُّ قبل قبضه وجهين؛ كمال الغنيمة.

فأمَّا ما بِيع في دار الإسلام في زمن نهب ونحوه؛ فمضمون على المشتري قولًا واحدًا، ذكره كثير من الأصحاب؛ كشراء من يغلب على

---

[١] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: أنَّها من ضمان المشتري).

---

(١) في (أ): في.
(٢) زاد في (هـ): من.

الظَّنِّ هلاكه؛ كمرض مأيوس منه، أو(١) مرتدٍّ، أو قاتل في محاربة، أو في زمن طاعون غالب.

ويحتمل: أن يفرِّق في هذا بين التَّلف قبل القبض وبعده.

وأمَّا الأعيان المملوكة بعقد غير البيع[١]؛ كالصُّلح والنِّكاح والخلع والعتق ونحو ذلك؛ فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الأصحاب، قال في «المغني»: ليس فيه اختلاف.

وحكى أبو الخطاب ومن اتَّبعه رواية(٢): بأنَّ الصَّداق مضمون على الزَّوج قبل القبض مطلقًا، فإنَّه نصَّ فيما إذا أصدقها غلامًا ففقئت عينه قبل أن تقبضه؛ أنَّ عليه ضمانه(٣).

وتأوَّلها القاضي على أنَّ الزوَّج فقأ عينه، أو أنَّه امتنع من التَّسليم حتَّى فقئت عينه؛ فيكون ضامنًا له بلا ريب.

ويمكن أن يتخرَّج من هذا روايةٌ: بأنَّ ضمان جميع الأعيان لا ينتقل إلَّا بالقبض في البيع وغيره.

وخرَّجها طائفة من الأصحاب روايةً عن أحمد من نصِّه على ضمان صُبَرَ الطَّعام على البائع قبل القبض.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: عقد معاوضة).

---

(١) في (أ): أو من.

(٢) في (ب): رواية واحدة.

(٣) قال في الهداية (٤٠٩): (نقل عنه مهنى فيمن تزوج امرأة على غلام ففقئت عينه: أنها إن كانت قبضته فهو لها، وإن لم تكن قبضته فهو على الزوج).

فمن الأصحاب من تأوَّلها على أنَّها بِيعت كيلًا، ومنهم من أقرَّها رواية في المكيل والموزون وإن بِيع جزافًا، ومنهم من خرَّج منها رواية في جميع الأعيان المتميِّزة.

ومأخذ ذلك: أنَّ عُلَق المملِّك لا تنقطع عنه بدون القبض؛ لأنَّ تسليمه واجب عليه بحقِّ العقد ولم يوجد، فلم تتم أحكام العقد؛ فكان مضمونًا على المملِّك.

وهذه شبهة ابن عقيل الَّتي اعتمدها في أنَّ ضمان جميع الأعيان على البائع قبل القبض، وهي ضعيفة؛ فإنَّ البائع عليه التَّمكين من القبض، وهو معنى التَّسليم، فإذا وجد منه فقد قضى ما عليه.

أمَّا النقل؛ فهو على المشتري دون البائع، وهو واجب عليه؛ لتفريغ ملك البائع من ملكه، فكيف يكون تعدِّيه بشغل أرض المالك بملكه من غير إذنه، أو مع مطالبته بتفريغه موجبًا للضَّمان على البائع؟!

ويحتمل أن يفرَّق بين النِّكاح وغيره من العقود؛ بأنَّ(١) المهر في النِّكاح ليس بعوض أصليٍّ، بل هو شبيه بالهبة، ولهذا سمَّاه الله تعالى: ﴿نِحۡلَةٗ﴾ [النِّسَاء: ٤]؛ فلا ينتقل ضمانه إلى المرأة بدون القبض؛ كالهبة والصَّدقة والزَّكاة، وهذا كلُّه في الأعيان.

فأمَّا المنافع في الإجارة؛ فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض، أو التَّمكُّن منه إذا فوَّته[١] باختياره، فإن استوفى المنافع؛ فلا

[١] كتب في هامش (ن): (أي: فوت المستأجر القبض).

(١) في (ب): فإنَّ. وفي (هـ): لأنَّ.

كلام، وإن تمكَّن من استيفائها بقبض العين(١) أو تسليم الأجير الخاصِّ نفسه؛ تلفت من ضمانه أيضًا؛ لتمكُّنه من الانتفاع.

والنَّوع الثَّاني: عقود لا معاوضة فيها؛ كالصَّدقة والهبة والوصيَّة؛ فالوصيَّةُ تملك بدون القبض، والهبة والصَّدقة فيهما خلاف سبق.

فإذا قيل: لا يملكان بدون القبض؛ فلا كلام، لكن هل يكتفى في القبض فيهما بالتَّخلية على رواية كالبيع؟ أم لا بدَّ من النَّقل؟

جمهور الأصحاب على تسوية الهبة والرَّهن بالبيع في كيفيَّة القبض.

واختار صاحب «التَّلخيص»: أنَّه لا يكفي التَّمكُّن ههنا في اللُّزوم؛ ففي أصل الملك أولى، قال: لأنَّ القبض ههنا سبب للاستحقاق، بخلاف القبض في البيع، فإنَّ العقد سبب لاستحقاق القبض؛ فيكفي فيه التَّمكين.

وإن قيل: يحصل الملك بمجرَّد العقد[١]؛ فلا ينبغي أن يكون مضمونًا على المملِّك إذا تلف في يده من غير منع؛ لأنَّها عقود برٍّ وتبرُّع فلا تقتضي الضَّمان، وكلام الأصحاب يشهد لذلك.

وأمَّا الوصيَّة إذا ثبت الملك للموصى له - إمَّا بالموت بمجرَّده من غير قبول، أو بالموت مراعًى بالقبول، أو بالقبول من حينه[٢] دون ما

[١] كتب في هامش (ن): (يعني: في الهبة والصدقة بدون القبض).

[٢] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب)

(١) في (أ): المعين.

قبله على اختلاف الوجوه في المسألة -؛ فإنَّ ضمانه[١] من حين القبول على الموصى له بغير خلاف نعلمه إذا كان متمكِّنًا من قبضه، وأمَّا قبل القبول⁽¹⁾؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّه من ضمان الموصى له أيضًا[٢]، وهو ظاهر كلام أحمد والخرقيِّ، وصرَّح به القاضي وابن عقيل في كتاب العتق، وكذلك صاحب «المغني»، و«التَّرغيب» وغيرهم، ولم يحكوا فيه خلافًا، وهذا لأنَّا إن قلنا: يملكه بمجرَّد الموت - إمَّا مع القبول أو بدونه -؛ فهو ملكه، فإذا تمكَّن من قبضه؛ كان عليه ضمانه؛ كما لو ملكه بهبة أو غيرها من العقود.

وإن قلنا: لا يملكه إلَّا من حين القبول؛ فلأنَّ حقَّه تعلَّق بالعين تعلُّقًا يمنع الورثة من التَّصرف فيه؛ فأشبه العبد الجاني إذا أخَّر المجنيُّ عليه استيفاءَ حقِّه حتَّى نقص أو تلف، ولأنَّ حقَّ الموصى له في التَّملُّك ثابت لا يمكن إبطاله[٣]، فكان ضمان النَّقص عليه وإن لم يحصل له

[١] كتب في هامش (ن): (معنى كونه من ضمانه: أنه لو تلف الموصى به أو بعضه؛ قُوِّم عليه بكماله يوم الموت، ويكون ما تلف منه من ضمان الموصى له به، لا من التركة).

[٢] كتب في هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب في هامش (ن): (يعني: من قِبل الورثة).

(١) في (ب) و(ج) (هـ) و(ن): وأما ما قبل القبول.

الملك؛ كما في ربح المضاربة إذا قلنا: لا يملك(١) إلَّا بالقسمة[١]، ونصفِ الصَّداق إذا قلنا: لا يملك إلَّا بالتَّملُّك[٢]، والمغانمِ إذا قيل: لا يملك بدون القسمة، بخلاف بقيَّة العقود[٣]؛ فإنَّ الحقَّ فيها يمكن إبطاله.

والوجه الثَّاني: لا يدخل في ضمانه إلَّا بالقبول على الوجوه كلِّها، وهو المجزوم به في «المحرَّر»؛ لأنَّه إن قيل: لا يملكه إلَّا من حينه؛ فواضح؛ لأنَّه لم يكن قبل ذلك على ملكه، فلا يحسب نقصه عليه.

وإن قيل: يملكه بالموت؛ فالعين[٤] مضمونة على التَّركة[٥]؛ بدليل

[١] كتب في هامش (ن): (أما إذا قلنا: يملكه بالظهور - وهو المذهب -؛ فتخرج عن كونها نظيره، فلا يصح القياس عليها).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: فيما إذا طلَّق قبل الدُّخول، وقلنا: يدخل في ضمانه من حين الطَّلاق، والمذهب: أنَّه يدخل في ملكه قهرًا).

[٣] كتب على هامش (ن): (كالهبة والصَّدقة)، وكُتب تعليقًا على ذلك: (أي: فإنه يمكن إبطالهما بالرُّجوع قبل الإقباض).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: كلُّها).

[٥] كتب على هامش (ن): (قوله: «فالعين مضمونة على التَّركة»؛ معنى كون العين مضمونة على التَّركة: أنَّها تلفت قبل دخولها في ملك الموصى له بها، وبعد تلفها يتعذَّر قبولها ليدخل في ملكه، فيكون تلفها من التَّركة لا من ضمان الموصى له بها، فكذلك لو تلف بعض أجزائها كان من التَّركة؛ =

(١) في (ب) و(هـ): تملك.

ما لو تلفت[١] قبل القبول فإنَّها تتلف من التَّركة لا من مال الموصى له؛ فكذلك أجزاؤها؛ لأنَّ القبول وإن كان مثبتًا للملك من حين الموت[٢]؛ إلَّا أنَّ ثبوته السَّابق[٣] تابع لثبوته من حين القبول، والمعدوم حال القبول لا يتصوَّر الملك فيه، فلا يثبت فيه ملك.

نعم؛ إن قيل: يملكه بمجرَّد الموت من غير قبول؛ فينبغي أن يكون ضمانه عليه بكلِّ حال؛ كالموروث.

وهذا كلُّه في المملوك بالعقود.

وأمَّا(١) **ما ملك بغير عقد؛ فنوعان:**

أحدهما: **الملك القهريُّ**(٢)؛ كالميراث، وفي ضمانه وجهان:

أحدهما: أنَّه يستقرُّ على الورثة بالموت إذا كان المال عينًا حاضرة

= لأنَّه تلف قبل دخوله في ملك الموصى له به، لما ذكره من أنَّ «القبول وإن كان مثبتًا للملك من حين» . . . إلى آخره).

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كلُّها).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: على أحد الوجوه، والمذهب: أنَّ القبول يثبته من حينه).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو الَّذي من حين الموت إلى حين القبول؛ يعني: أنَّه تبيَّن بالقبول أنَّه ملكه من حين الموت، وهو أحد الوجوه المتقدِّمة فيما يثبت الملك للموصى له).

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): فأما.

(٢) زاد في (د) و(هـ): حكمًا.

يتمكَّن من قبضها، قال أحمد في رواية ابن منصور، في رجل ترك مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة، وأوصى لرجل بالعبد، فسرقت الدَّنانير بعد موت الرَّجل: وجب العبد للموصى له، وذهبت دنانير الورثة(١).

وهكذا ذكر الخرقيُّ وأكثر الأصحاب؛ لأنَّ ملكهم استقرَّ بثبوت سببه؛ إذ هو لا يخشى انفساخه، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد؛ فأشبه ما في يد المودع ونحوه، بخلاف المملوك بالعقود؛ لأنَّه إمَّا أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع ببدله؛ فلذلك اعتبر له القبض[١].

وأيضًا: فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضَّمان فيه بالتَّمكُّن من القبض؛ فالميراث أولى[٢].

وقال القاضي وابن عقيل في كتاب العتق: لا يدخل في ضمانهم بدون القبض؛ لأنَّه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا به؛ فأشبه الدَّين والغائب[٣] ونحوهما ممَّا لم يتمكَّنوا من قبضه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: اعتُبر القبض للمملوك بالعقد؛ ليكون مضمونًا على مالكه، بخلاف المملوك بالإرث).

[٢] كتب على هامش (ن): (بأن يكون مضمونًا على مالكه بالتَّمكُّن من القبض، وإن لم يحصل القبض).

[٣] كتب على هامش (ن): (صفة لموصوف محذوف؛ أي: والمال الغائب).

---

(١) مسائل ابن منصور ٨/ ٤٣٣٥.

فعلى هذا[١]: إن زادت التَّركة قبل القبض؛ فالزيادة للورثة، وإن نقصت؛ لم يحسب النَّقص عليهم، وكانت التَّركة ما بقي بعد النَّقص، حتَّى لو تلف المال كلُّه سوى القدر الموصى به؛ صار هو التَّركة، ولم يكن للموصى له سوى ثلثه.

إلَّا أن يقال: إنَّ الموصى له يملك الوصيَّة بالموت بمجرَّده[٢]، أو مراعًى بالقبول؛ فلا يزاحمه(١) الورثة؛ لأنَّ ملكه سبق استحقاقهم لمزاحمته[٣] بالنقص(٢)؛ فيختصُّ به كما لو لم يتلف المال إلَّا بعد قبوله، وعلى ذلك خرَّج صاحب «التَّرغيب» وغيره كلام أحمد في رواية ابن منصور.

والأوَّل أصحُّ؛ لأنَّ الموصى له تمكَّن(٣) من أخذ العين الموصى بها مع حضور التَّركة والتَّمكُّن من قبضها بغير خلاف[٤]، ولو لم يدخل في

[١] كتب على هامش (ن): (أي: على قول القاضي وابن عقيل، وهو أنَّ الميراث لا يدخل في ضمان الورثة بدون القبض).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: من غير قبول).

[٣] كتب على هامش (ن): (متعلِّق بـ«استحقاقهم»).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: بغير نزاع).

(١) في (ب) و(و) و(ن): تزاحمه.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): بالقبض.

(٣) في (ب) و(هـ) و(ن): يمكن.

ضمانهم إلَّا بالقبض[١] لم يمكن أن يأخذ من العين أكثر من ثلثها، وتوقَّف قبض الباقي على قبض الورثة، فكلَّما قبضوا شيئًا؛ أخذ من العين بقدر ثلثه؛ كما لو كانت التَّركة دينًا أو غائبًا لا يتمكَّن من قبضه.

والنَّوع الثَّاني: ما يحصل بسببٍ من الآدميِّ يترتب عليه الملك، فإن كان حيازةَ مباح؛ كالاحتشاش والاحتطاب والاغتنام ونحوها؛ فلا إشكال، ولا ضمان هنا على أحد سواه، ولو وكَّل في ذلك أو شارك فيه؛ دخل في حكم الشَّركة والوكالة، وكذلك اللُّقطة[٢] بعد الحول؛ لأنَّها في يده.

وإن كان تعيين ماله في ذمَّة غيره من الدُّيون[٣]؛ فلا يتعيَّن في المذهب المشهور إلَّا بالقبض، وعلى القول الآخر يتعيَّن بالإذن في القبض؛ فالمعتبر حكم ذلك الإذن.

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كما قال القاضي وابن عقيل).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لا ضمان فيها).

[٣] كتب على هامش (ن): (عطف على قوله: «فإن كان»؛ أي: وإن كان السَّبب الَّذي ترتَّب عليه الملك يعتبر المال الَّذي له في ذمَّة غيره).

قاعدة [٥٢]

في التَّصرُّف في المملوكات قبل قبضها.

وهي منقسمة إلى عقود وغيرها.

فالعقود نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات، وينقسم إلى بيع وغيره.

فأمَّا البيع: فقالت طائفة من الأصحاب: التَّصرُّف قبل القبض والضَّمان متلازمان، فإن كان المبيع مضمونًا على البائع؛ لم يجز التَّصرُّف فيه للمشتري حتَّى يقبضه، وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري؛ جاز له التَّصرُّف فيه، وصرَّح بذلك القاضي في «الجامع الصغير» وغيره، وجعلوا العلَّة المانعة من التَّصرُّف: توالي الضَّمانات[١].

وفي المذهب طريقة أخرى، وهي أنَّه لا تلازم بين التَّصرف والضَّمان[٢]؛ فيجوز التَّصرُّف والضَّمان على البائع؛ كما في بيع الثَّمرة

[١] كتب على هامش (ن): (وهو ما يفضي إلى أن يضمن آخِرُ مشترٍ لمن قبله، وهو لمن قبله، وفيه حرج لا يخفى).

[٢] كتب على هامش (ن): (وقد يقال: الغالب تلازم القبض والضَّمان، وحينئذ لا ينتقض ذلك بما ذكر من صورة بيع الثَّمرة والصبرة، ونحو ذلك).

قبل جَذِّها، فإنَّه يجوز في أصحِّ الرِّوايتين، وهي مضمونة على البائع، ويمتنع التَّصرُّف في صبرة الطَّعام المشتراة جزافًا على أصحِّ(١) الرِّوايتين وهي اختيار الخرقيِّ، مع أنَّها[١] في ضمان المشتري[٢]، وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب؛ فإنَّهم حكوا الخلاف في بيع الصُّبرة مع عدم الخلاف في كونها مضمونة على البائع[٣].

وممَّن ذكر ذلك: ابن أبي موسى، والقاضي في «المجرَّد» و«الخلاف»، وابن عقيل في «الفصول» و«المفردات»، والحلوانيُّ وابنه وغيرهم.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الصبرة).

[٢] كتب على هامش (ن): («كونها في ضمان المشتري» ليس قول الخرقيِّ، بل الخرقي إنَّما قال في الصبرة: «إنَّها من ضمان البائع إذا كانت مكيلة أو موزونة أو معدودة؛ فلا يجوز للمشتري التَّصرُّف فيها قبل قبضها»، فمقتضى كلامه: أنَّ القبض والضَّمان متلازمان، كما تقدَّم في الطَّريقة الأولى، وإنَّما هي - أعني: الصُّبرة - من ضمان المشتري عند القاضي وأصحابه، وهو الصَّحيح في المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (قوله: «مع عدم الخلاف في كونها مضمونة على البائع» فيه نظر، فإنَّ الصبرة إذا بيعت جزافًا، كما هو فرض المسألة؛ لم تكن مضمونة على البائع عند القاضي وأصحابه؛ لكونها حينئذ متعيِّنة).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): إحدى.

وصرَّح ابن عقيل في «النَّظريَّات» بأنَّه(١) لا تلازم بين الضَّمان والتَّصرُّف.

وعلى هذا[١]؛ فالقبض نوعان: قبض يبيح التَّصرُّف، وهو الممكَّن في حال العقد، وقبض ينقل الضَّمان، وهو القبض التَّامُّ المقصود بالعقد.

وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التَّصرُّف فيه قبل قبضه؛ هل هو المبهم، أو جنس المكيل والموزون وإن بيع جزافًا، أو المطعوم خاصَّة، مكيلًا أو موزونًا كان أو غيرهما[٢]، أو المطعوم المكيل أو الموزون؟

ونقله مهنَّى عن أحمد(٢)، وضعَّف القاضي هذه الرِّواية، ورجَّحها صاحب «المغني»، ولم يذكروا في الضَّمان مثل ذلك[٣].

واختار ابن عقيل: المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض؛ معلِّلًا

[١] كتب على هامش (ن): (أي: عدم التَّلازم).

[٢] كتب على هامش (ن): (كالمعدود).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: في الخلاف)، وكتب أيضًا: (فدلَّ ذلك على عدم التَّلازم بين الضَّمان والتَّصرُّف).

(١) في (ب) و(هـ): أنَّه.

(٢) جاء في الروايتين والوجهين (١/٣٢٦): (نقل مهنى: كل شيء يباع قبل قبضه إلا ما كان يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب).

بأنَّ العقد الأوَّل لم يتمَّ؛ حيث بقي من أحكامه التَّسليم؛ فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه، ولم يجعل الضَّمان ملازمًا له[١].

وكلام القاضي في «الجامع الصغير» قد يتأوَّل بأنَّه ذكر أنَّ المتعيِّن يجوز بيعه قبل القبض، وغير المتعيِّن لا يجوز، ثمَّ لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضَّمان، وهو صحيح على ما ذكره؛ فإنَّه اقتصر على ذكر جادَّة المذهب، وهو أنْ لا ضمان ولا منع(١) إلَّا في المبهم خاصَّة[٢].

وممَّا يبيِّن أنْ لا تلازم بين التَّصرف والضَّمان[٣]: أنَّ المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأوَّل، والثَّمر المبيع على شجره يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأوَّل، والمقبوض قبضًا فاسدًا كالمكيل إذا قبض جزافًا ينتقل الضَّمان فيه إلى المشتري، ولا يجوز التَّصرُّف فيه قبل كيله، وبيع الدَّين ممَّن هو في ذمَّته جائز على المذهب وليس مضمونًا على مالكه، وكذلك المالك يتصرَّف في المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض.

والتَّعليل بتوالي الضَّمانين ضعيف؛ لأنَّه لا محذور فيه، كما لو تابع

[١] كتب على هامش (ن): (أي: للتَّصرُّف).

[٢] كتب على هامش (ن): (فإنَّ فيه الضَّمان على البائع، ومنع المشتري من التَّصرُّف).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: بين جانبي البائع والمشتري).

(١) زاد في (د) و(هـ) و(ن): من التصرف.

الشِّقصَ المشفوع جماعة ثمَّ انتزعه الشَّفيع من الأوَّل.

وكذلك التَّعليل بخشية انتقاض الملك بتلفه عند البائع؛ يبطل بالثَّمر(١) المشترى في رؤوس الشَّجر وبإجارة المنافع المستأجرة[١]، وبهذا أيضًا ينتقض تعليل ابن عقيل[٢]، وببيع الدَّين ممَّن هو عليه[٣]، ولأنَّ[٤] البائع وفَّى ما عليه بالتَّخلية والتَّمييز؛ فلم يبق له علقة في العقد.

وعلَّل أيضًا: بأنَّه داخل في بيع ما ليس عنده، وهو شبيه بالغرر؛ لتعرُّضه للآفات، وهو يقتضي المنع في جميع الأعيان.

وأشار الإمام أحمد إلى أنَّه[٥] المراد من النَّهي عن ربح ما لم

[١] كتب على هامش (ن): (لأنَّه يخشى تلفه على رؤوس الشَّجر، وكذلك المنافع يخشى تلفها قبل الاستيفاء).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو تعليله بأنَّ العقد الأوَّل لم يتمَّم ... إلى آخره).

[٣] كتب على هامش (ن): (لأنه لا تسليم فيه).

[٤] كتب على هامش (ن): (قوله: «ولأنَّ» ... إلخ، دليل ثان على انتقاض تعليل ابن عقيل).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: تصرُّف المشتري فيما هو مضمون على البائع).

(١) في (أ) و(ج): بالثَّمن.

يضمن؛ حيث كان مضمونًا على بائعه، فلا يربح فيه مشتريه، وكأنَّه[١] حمل النَّهي عن الرِّبح على النَّهي عن أصل البيع؛ لأنَّه مَظِنَّة الرِّبح.

ويتخرَّج له قول آخر: أنَّ المنهيَّ عنه هو حقيقة الرِّبح، دون البيع بالثَّمن الَّذي اشتراه به؛ فإنَّه منع في روايةٍ من إجارة المنافع المستأجرة إلَّا بمثل الأجرة؛ لئلَّا يربح فيما لم يضمن، ومنع في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لربِّ المال؛ لأنَّه ضامن له بالمخالفة؛ فكره أحمد ربحه؛ لدخوله في ربح ما لم يضمن، وأجاز أصل البيع، وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته[٢] من غير ربح؛ لئلَّا يكون ربحًا فيما لم يضمنه.

فيُخرَّج من هذا روايةٌ عنه: أنَّ كلَّ مضمون على غير مالكه يجوز بيعه بغير ربح، ويلزم مثل ذلك في بيع الدَّين من الغريم، والثَّمر على رؤوس النَّخل، وغيرهما ممَّا لم يضمنه البائع[٣].

ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطَّعام الموهوب قبل قبضه: لا بأس به ما لم يكن للتِّجارة، وهذا يدلُّ على أنَّ الممنوع في بيع الطَّعام قبل قبضه هو الرِّبح والتَّكسُّب، ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائعه وغيره،

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الإمام أحمد).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بشيء؛ كما إذا باع ما اشتراه بمائة، وكان ثمنه عليه تسعين، جاز أن يعتاض عن ثمنه، وهو المائة تسعين، ويترك الرِّبح، وهو العشرة).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المالك لا البائع الأوَّل المتصرِّف).

وقد نصَّ أحمد على منع بيعه من بائعه حتَّى يكيله(١).

واختلف الأصحاب في الإقالة فيه قبل القبض؛ فمنهم من خرَّجها على الخلاف في كونها بيعًا أو فسخًا، فإن قيل: إنَّها بيع؛ لم يصحَّ، وإلَّا صحَّت[١].

وعن أبي بكر: أنَّه منعها[٢] على الرِّوايتين بدون كيل ثان؛ لأنَّها تجديد ملك.

ويتخرَّج لنا رواية ثانية: بجواز البيع من البائع؛ لأنَّ أحمد أجاز في رواية منصوصة عنه بيعه من الشَّريك الَّذي حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر؛ فالبائع أولى.

وحكى القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل في «الفصول» في كتاب الإجارات روايتين في جواز بيعه قبل القبض من بائعه خاصَّة، وذكرا مأخذها، وهو اختلاف الرِّوايتين عنه في بيع الدَّين في الذِّمة إذا كان طعاما مكيلًا أو موزونًا قبل قبضه، وهذا مخالف لما ذكراه في البيع؛ فإنَّهما خصَّا فيه(٢) الرِّوايتين بما في الذِّمَّة، سواء كان طعامًا أو غيره[٣].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الإقالة).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/٢٦١٦): (قلت: إذا اشترى ما يكال أو يوزن؛ يولِّي صاحبه أو يشرك فيه إنسانًا قبل أن يقبضه؟ قال: لا).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (أ) و(و).

وهذا في التَّصرُّف فيه[١] بالبيع، وأمَّا غيره من العقود؛ فقال القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل: لا يجوز رهنه ولا هبته ولا إجارته قبل القبض؛ كالبيع، ثمَّ ذكرا في الرَّهن عن الأصحاب: أنَّه يصحُّ رهنه قبل قبضه؛ لأنَّه لا يؤدِّي إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف البيع.

وفي هذا المأخذ نظرٌ؛ لأنَّ الرَّهن إنَّما يصحُّ فيما يصح بيعه؛ لأنَّه يفضي إلى البيع، لكن تركه[٢] في يد البائع لا يطول غالبًا، وقبضه متيسِّر؛ فلذلك يصحُّ رهنه.

وعلَّل ابن عقيل المنع من رهنه: بأنَّه غير مقبوض ولا متميِّز ولا متعيِّن. وفيه ضعف؛ لإمكان تمييزه وقبضه.

وعلَّل مرَّة أخرى في الرَّهن والهبة: بأنَّ القبض شرط لهما[٣]؛ فكيف ينبني عقدٌ مِن شَرْطِه القبض على عقدٍ لم يوجد فيه القبض؟!

وللأصحاب وجه آخر: بجواز رهنه على غير ثمنه، حكاه أبو الخطَّاب فيما كان معيَّنًا؛ كالصُّبرة، وأظنُّه منع منه في المبهم؛ لعدم تأتِّي القبض، وهو معتبر فيه[٤] كما ذكر ابن عقيل؛ فخُرِّج من هذا وجهان للأصحاب في سائر[٥] العقود.

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فيما هو من ضمان البائع قبل القبض).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: ما هو من ضمان البائع قبل القبض).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: لزومهما).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: في الرَّهن).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: باقيها؛ قياسًا على الرَّهن).

ومن الأصحاب من قطع بجواز جعله مهرًا[١]، معلِّلًا: بأنَّ ذلك غرر(١) يسير؛ فيغتفر في الصَّداق، ومنهم صاحب «المحرَّر»، وهذا وجه ثالث.

هذا كلُّه في المبيع.

فأمَّا ثمنه:

فإن كان معيَّنًا؛ جاز التَّصرُّف فيه قبل قبضه، سواء كان المبيع يجوز التَّصرف فيه قبل القبض أو لا، صرَّح به القاضي[٢].

وإن كان مبهمًا؛ لم يجز إلَّا بعد قبضه(٢).

وإن كان دينًا؛ جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه، ذكره القاضي وابن عقيل، ولم يخرِّجا المعاوضة على الدَّين على الخلاف في بيع الدَّين ممَّن هو(٣) عليه، وقد حكيا في ذلك روايتين، والأكثرون أدخلوه في

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب في هامش (ب) و (ج) و (ن) و (هـ): (حكى أبو الخطَّاب في «الانتصار» وجهًا: أنَّه لا يجوز التَّصرُّف في الثَّمن المعين قبل قبضه، معلِّلًا بأنَّه يخشى انفساخ العقد بتلفه، بخلاف ما إذا كان دينًا؛ فإنَّه لا يخشى انفساخ العقد بتلفه، فيصحُّ التَّصرُّف فيه قبل القبض، وهذا مستدرك من وجهين: أحدهما: أنَّ [زاد في (ن): الثمن] المتعيِّن يدخل في ضمان =

(١) في (ب): غيور.

(٢) كُتب عليها فوق (ب): تمييزه. و(تمييزه) هو الموافق لبقية النسخ.

(٣) قوله: (هو) سقط من (أ) و(ج) و(و).

جملة صورة الخلاف.

وقد نصَّ أحمد على جواز اقتضاء أحد النَّقدين من الآخر بالقيمة في رواية الأثرم وابن منصور وحنبل(١).

ونقل عنه القاضي البرتيُّ(٢) في طعام في الذِّمَّة؛ هل يشتري به شيئًا ممَّن عليه؟ فتوقَّف، قال: فقلت له: لم لا يكون هذا مثل اقتضاء الوَرِق من الذِّهب؟! فكأنَّه أجازه من غير أن يوضحه إيضاحًا بيِّنًا.

وهذا يشعر بأنَّ اقتضاء أحد النَّقدين من الآخر يجوز من غير خلاف؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما في ذلك(٣)، ....

= البائع، فلا ينفسخ العقد بتلفه، والثَّاني: أنَّ الدَّين المستقرَّ [زاد في (ن): في الذمة] لا يجوز التَّصرُّف فيه قبل القبض مطلقًا، وإنَّما يجوز بيعه لمن هو في ذمَّته على رواية)، قال في (ن): (من هامش النسخة المعتمدة).

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٦٤٣): (قلت: اقتضاء الدنانير من دراهم، والدراهم من دنانير؟ قال: بالقيمة. قلت: واقتضاؤه في الدين؟ قال: بالقيمة).

(٢) هو أبو العباس أحمد بن محمد بن عيسى بن الأزهر البرتي، البغدادي الحنفي، تفقه بأبي سليمان الجوزجاني، وتفقه به أئمة وعلماء، وله عن الإمام أحمد مسائل، توفي سنة (٢٨٠هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٧٤، سير أعلام النبلاء ١٣/ ٤٠٧.

(٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء» أخرجه أحمد (٦٢٣٩)، وأبو داود (٣٣٥٤)، والترمذي =

والخلاف في المعاوضة(١) عنهما بغيرهما، ولم يذكر القاضي وابن عقيل في الصَّرف في ذلك[١] خلافًا.

والمعنى في ذلك[٢]: أنَّ النَّقدين لتقاربهما في المعنى أُجريا مُجرى الشَّيء الواحد، فأخْذُ أحدهما عن الآخر ليس معاوضة محضة، بل هو نوع استيفاء، وقد صرَّح بذلك أحمد في رواية أبي طالب، قال: ليس هو ببيع إنَّما هو اقتضاء.

وكذلك لم يجز[٣] إلَّا بالسِّعر؛ لأنَّه لمَّا فاتت المماثلة في القدر لاختلاف الجنس؛ اعتُبِرت في القيمة، وهذا المأخذ[٤] هو الذي ذكره صاحب «المغني».

ومن الأصحاب من جعل مأخذه[٥] النَّهي عن ربح ما لم يضمن.

وأمَّا القاضي؛ فأجاز المعاوضة عن أحد النَّقدين بالآخر بما يتَّفقان عليه، وتأوَّل كلام أحمد بتأويل بعيد جدًّا، وقد ذكرنا أنَّ طريقة القاضي

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في المعاوضة عنهما بغيرهما).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: في اقتضاء أحد النَّقدين من الآخر).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: الاقتضاء).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: كون اقتضاء أحد النَّقدين من الآخر نوع استيفاء واقتضاء لم يجز إلَّا بالسِّعر).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: الاقتضاء).

= (١٢٤٢)، والنسائي (٤٥٨٢).

(١) في (أ): المعاوضات.

وابن عقيل في الإجارة: أنَّ ما في الذِّمة إذا كان مكيلًا أو موزونًا؛ لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبيٍّ رواية واحدة، وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان؛ لأنَّه قبل القبض مبهم غير متميِّز.

فهذا الكلام في التَّصرُّف في المبيع وعوضه.

فأمَّا غير المبيع من عقود المعاوضات؛ فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه؛ مثل: الأجرة المعينة، والعِوَض في الصُّلح بمعنى البيع ونحوهما؛ فحكمه حكم البيع فيما سبق.

وأمَّا التَّصرُّف في المنافع المستأجرة:

فإن كان بإعارة ونحوها؛ فيجوز؛ لأنَّ له استيفاء العوض بنفسه وبمن يقوم مقامه.

وإن كان بإجارة؛ صحَّ أيضًا بعد قبض العين(١) ولم يصحَّ قبلها؛ إلَّا للمؤجر على وجه سبق[١].

ويصحُّ إيجارها بمثل الأجرة، وبأزيد في إحدى الرِّوايتين[٢].

وفي الأخرى: يمنع بزيادة؛ لدخوله في ربح ما لم يضمن.

والصَّحيح: الجواز؛ لأنَّ المنافع مضمونة على المستأجر من وجه،

---

[١] كتب على هامش (ن): (والأصح: ولغيره أيضًا قبل القبض).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهي المذهب).

---

(١) في (أ): للعين.

بدليل أنَّه لو عطَّلها حتَّى فاتت من غير استيفاء؛ تلفت من ضمانه، فهي كالثَّمر في رؤوس الشَّجر هو مضمون عليه[١] بإتلافه.

والضَّرب الثَّاني: ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه؛ مثل: الصَّداق، وعوض الخلع، والعتق[٢]، والمصالح به عن دم العمد، ونحو ذلك؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز التَّصرُّف فيه قبل القبض، وهو قول القاضي في «المجرد»، وأبي الخطاب غير أنَّه استثنى منه الصداق، والسَّامريِّ، وصاحبي «المغني» و«التَّلخيص»، ونصَّ أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض، وهو تصرُّفٌ فيه.

ووجه ذلك: أنَّ تلف هذه الأعواض لا تنفسخ بها عقودها؛ فلا ضرر في التَّصرُّف فيها، بخلاف البيع والإجارة ونحوهما.

ومع هذا[٣]؛ فصرَّح القاضي(١) في «المجرَّد»: بأنَّ غير المتميِّز فيها مضمون على من هو بيده؛ ففرَّق بين الضَّمان والتَّصرُّف[٤] ههنا(٢)،

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: على المشتري).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: وعوض العتق).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: القول بجواز التَّصرُّف).

[٤] كتب على هامش (ن): (إن لم يقل بتلازمهما؛ فجوَّز التَّصرُّف مع عدم الضَّمان على المتصرِّف).

---

(١) قوله: (القاضي) سقط من (ب).

(٢) قوله: (ههنا) سقط من (أ).

ونسب إليه صاحب «التَّلخيص»: أنَّه سوَّى بينهما[١]؛ فأثبت الضَّمان ومنع التَّصرُّف، وهو وهم عليه.

والوجه الثَّاني: أنَّ حكمها حكم البيع[٢]؛ فلا يجوز التَّصرُّف في غير المتعيِّن منها قبل القبض، وهو الَّذي ذكره القاضي في «خلافه»، وقال: (هو قياس قول أصحابنا)، وابن عقيل في «الفصول» و«المفردات»، والحلوانيُّ، والشِّيرازيُّ، وصاحب «المحرر»، واختاره صاحب «المغني» في كتاب النكاح؛ إلحاقًا لها بسائر عقود المعاوضات.

ولا يصحُّ التَّفريق بعدم الانفساخ؛ لأنَّ الزُّبرة - الحديد العظيمة - إذا اشتريت وزنًا؛ فلا يخشى هلاكها والتَّصرُّف فيها ممنوع، ومنافع الإجارة يخشى هلاكها والتَّصرُّف فيها جائز.

ورجَّح الشَّيخ تقيُّ الدِّين الوجه الأوَّل، ولكنه بناه على أنَّ علةَ منعِ التَّصرُّفِ[٣] الرِّبحُ فيما لم يضمن[٤](١)، ....

[١] كتب على هامش (ن): (بين الضَّمان والتَّصرُّف، فجعل الضَّمان على من العوض بيده، ومنع من انتقل إليه التَّصرُّف).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب في هامش (و): (لعلَّه: في).

[٤] كتب على هامش (ن): (كذا في النُّسخ، ولعلَّ صوابه: على أنَّ عِليَّة منع التَّصرُّف في البيع: الرِّبحُ فيما لم يضمن).

(١) قال في الاختيارات (ص ١٨٨): (وكل ما ملك بعقد سوى البيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالبيع وغيره؛ لعدم قصد الربح).

وهو(١) منتف ههنا، وهو أحد المآخذ للأصحاب في أصل المسألة.

وعدَّ القاضي من هذا الضَّرب[١]: القرض وأروش الجنايات وقيم المتلفات، ووافقه ابن عقيل على قيم المتلفات.

وفيه نظر؛ فإنَّ القرض لا يملك بدون القبض، على ما جزم به في «المجرَّد»[٢]، وقيم المتلفات ينفسخ الصُّلح عنها بتلف العوض المضمون، وكذلك أروش جنايات الخطأ بخلاف العمد[٣]؛ لأنَّه لا يمكن الرُّجوع إلى القصاص بعد العفو عنه، وتعيين قيمة المتلف أو مثله ليس بعقد ليدخله الفسخ[٤]، ثمَّ إنَّه مضمون في الذِّمَّة كالدَّين، وذلك لا يتعيَّن في الخارج إلَّا بالقبض على المذهب.

وألحق صاحب «التَّلخيص» بهذا أيضًا: الملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد؛ لأنَّه لا يخشى انتقاض سببه، وهذا متَّجه على الوجه الأول(٢) الَّذي اختاره.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو ما لا يخشى انفساخ العقد بها قبل قبضه).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: فلا ينفسخ الصُّلح).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: حتَّى يقال فيه: إنَّه ينفسخ بهلاك العوض قبل قبضه).

---

(١) في (ب) وبقية النسخ: وهذا.

(٢) في (أ) و(هـ) و(و): الثاني.

فأمَّا على(١) الثاني(٢): فإن كان العقد المنفسخ غير(٣) معاوضة؛ صارت العين أمانة كالوديعة، فيجوز التَّصرُّف فيها قبل القبض، وإن كان عقد معاوضة؛ فهو مضمون[١] على الأشهر، فيتوجَّه: أن يمنع التَّصرُّف فيه؛ لأنَّ ضمانه(٤) من آثار ضمان العقد السَّابق؛ فيلتحق به.

ويتوجَّه: ألَّا يمنع؛ كالعواري والغصوب.

ولو حجر الحاكم على المفلس، ثمَّ عيَّن لكلِّ غريم عينًا من المال بحقِّه؛ ملكه[٢] بمجرَّد التعيين، ذكره القاضي في الزكاة من «المجرد».

فعلى هذا يتوجه: أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض.

تنبيه:

ما اشترط القبض لصحَّة عقده لا يصحُّ التَّصرُّف فيه قبل القبض؛ لعدم ثبوت الملك، وقد صرَّح به في «المحرر» في الصَّرف ورأس مال السَّلَم.

فأمَّا إن قيل بالملك بالعقد؛ فحكى في «التَّلخيص» في الصَّرف المتعيِّن وجهين؛ لأنَّ انتفاء القبض ههنا مؤثِّر في إبطال العقد؛ فلا

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: على من هو تحت يده).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: المعيَّن).

---

(١) زاد في (ج) و(د) و(ن): الوجه.

(٢) في (أ) و(هـ) و(و): الأول.

(٣) في (أ): عن.

(٤) في (أ) و(هـ): ضمانه فيه.

يصحُّ ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور: المنع في الصَّرف والسَّلم(١).

والعقود القهريَّة كالأخذ بالشفعة؛ يصح التصرف فيها قبل القبض، ذكره أيضًا في «التلخيص».

النَّوع الثَّاني: عقود يثبت بها الملك من غير عوض؛ كالوصيَّة والهبة(٢) والصَّدقة.

فأمَّا الوصية: فيجوز التَّصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق الأصحاب فيما نعلم(٣)، وسواء كان الموصى به معيَّنًا أو مبهمًا، وسواء قلنا: إنَّ له ردَّ المبهم[١] قبل قبضه أو لا، لأنَّ أكثر ما في جواز

---

[١] كتب على هامش (ن): (في «الرِّعاية»: ولا يصحُّ رد الموصى له الوصيةَ بعد قبوله، وقيل: بلى فيما كِيل أو وُزِن، دون المعيَّن في الأشهر فيهما، وكذا في «المحرَّر»، إلَّا أنَّه لم يذكر قوله: «في الأشهر فيهما»).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٩٦): (قلت: قال سفيان: إذا كان لك قرض، فلا تجعله مضاربة إلا أن تأمره أن يدفعه إلى إنسان، ثم يدفع ذلك الإنسان إليه. قال: جيد.

ويجعل الوديعة قرضًا، ويجعلها مضاربة، ويجعل المضاربة قرضًا. قال أحمد: جيد.

قال أحمد: إذا كان لك قرض على رجل، فلا تصرفه مضاربة ولا سلفًا، ولا يكون وديعة حتى تقبضه).

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): كالهبة والوصيَّة.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): نعلمه.

ردِّه أنَّه غير لازم من جهته، وهذا لا يمنع صحَّة التَّصرُّف؛ لأنَّها لازمة من جهة الميت بموته؛ فهو كالمبيع المشترط فيه الخيار للمشتري وحده.

وأمَّا الهبة الَّتي تملك بالعقد بمجرَّده: فيجوز التَّصرُّف فيها أيضًا قبل القبض[١]، وقد نصَّ أحمد عليه كما سنذكره؛ لأنَّ حقَّ الواهب ينقطع عنها بمجرَّد انتقال ملكه، وليست في ضمانه؛ فلا محذور في التَّصرُّف فيها بوجه.

وأمَّا الصَّدقة الواجبة والتَّطوُّع؛ فالمذهب المنصوص: أنَّها لا تملك بدون القبض كما سبق؛ فلا كلام على هذا.

وعلى التَّخريج المذكور يملكها قبل القبض: فينبغي أن تكون كالهبة[٢].

وقد نصَّ أحمد في رواية أبي الحارث وابن بختان(١) وابن هانئ: في رجل عليه دين، ويريد رجل يقضيه عنه من زكاته؟ فقال: يدفعه إليه. فقيل له: هو محتاج ويخاف أن يدفعه إليه يأكله. قال: يقول له حتَّى

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب). وكتب أيضًا: (وحينئذ؛ فالظَّاهر أنَّ الواهب يبطل رجوعه في الهبة وفي الإذن في قبضها بتصرُّف المتَّهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (فيجوز التَّصرُّف فيها قبل القبض على التَّخريج المذكور).

(١) هو يعقوب بن إسحاق بن بختان أبو يوسف، سمع من الإمام أحمد وكان جاره وصديقه، وروى عنه مسائل صالحة كبيرة لم يروها غيره في الورع، ومسائل صالحة في السلطان، وكان أحد الصالحين الثقات. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٤١٥.

يوكِّله فيقضيه عنه.

وهذا ظاهر في أنَّه ملك الزكاة بالتعيين والقبول؛ وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض.

وكذلك نقل حنبل في «مسائله»: أنَّ أحمد ذكر له قول أبي سلمة: «لا بأس إذا كان للرَّجل طعام أمر له به سلطان أو وهب له أن يبيعه قبل أن يقبضه، والعبد مثل ذلك، والدَّابَّة يبيعها قبل أن يقبضها»، فقال أحمد: لا بأس بذلك ما لم تكن للتِّجارة، وقوله: إذا لم يكن للتِّجارة؛ لأنَّ المنع من البيع إنَّما كان لدخوله في ربح ما لم يضمن، وما ملكه بغير عوض؛ فلا يتصوَّر فيه ربح.

فأمَّا لو نوى بتملُّكه[١] التِّجارة؛ فظاهر كلامه المنع؛ لأنَّه جعله من الأموال المعدَّة للرِّبح، فامتنع بيعه قبل القبض.

هذا الكلام في العقود.

فأمَّا الملك بغير عقد؛ كالميراث، والغنيمة، والاستحقاق من أموال الوقف أو الفيء للمتناولين منه؛ كالمرتزقة(١) في ديوان الجند، وأهل الوقف المستحقِّين له، فإذا ثبت لهم الملك، وتعيَّن مقداره؛ جاز لهم التَّصرُّف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضًا؛ لأنَّ حقَّهم مستقرٌّ فيه، ولا علاقة لأحد معهم، ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع ونحوه من الأمناء.

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: من الواهب).

---

(١) في (أ) و(و): كالمترزقة.

وأمَّا قبل ثبوت الملك؛ فله حالتان:

إحداهما: ألَّا يوجد سببه؛ فلا يجوز التَّصرُّف بغير إشكال؛ كتصرُّف الوارث قبل موت موروثه، والغانمين قبل انقضاء الحرب، ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرِّزق.

والثَّانية: بعد وجود السَّبب وقبل الاستقرار؛ كتصرُّف الغانمين قبل القسمة - على قولنا: إنَّهم يملكون الغنيمة بالحيازة، وهو المذهب الصَّحيح -، والمرتزقة قبل حلول العطاء ونحوهم؛ فقال ابن أبي موسى: (لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصَّكِّ بعين ولا وَرِق قولًا واحدًا، وإن باعه بعروض؛ جاز في إحدى الرِّوايتين إذا قبض العروض قبل أن يتفرَّقا، ومنع منه في الأخرى، ولا يجوز بيع المغانم قبل أن تقسم(١)، ولا الصَّدقات قبل أن تقبض(٢))(٣) انتهى.

فهذه أربع مسائل[١]:

أحدها: بيع العطاء قبل قبضه، وهو رزق بيت المال.

وقد نصَّ أحمد على كراهته في رواية أبي طالب وابن منصور وبكر بن محمَّد(٤)، وقال: هو شيء مغيَّب، لا يدري يصل إليه أو لا،

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: الَّتي ذكرها ابن أبي موسى).

---

(١) في (أ) و(ج) و(و): يقسم.
(٢) في (أ): يقبض.
(٣) الإرشاد (ص ١٩١).
(٤) بكر بن محمد النسائي الأصل، البغدادي المنشأ، كان الإمام أحمد يقدمه ويكرمه، =

أو ما هو(١)[١].

وقال مرَّة: لا يدري؛ يخرج أو لا يخرج.

وقال في رواية أبي طالب في بيع الزِّيادة في العطاء: قال ابن عبَّاس: ما[٢] يدريه ما يخرج ومتى يخرج لا يشتريه(٢)[٣]، وكرهه، وربَّما سُمِّي هذا أيضًا بيع الصِّكاك.

ونقل حرب عن أحمد في بيع الزِّيادة في العطاء: لا بأس به بعرض، قلت: وما تفسيره؟ قال: هو الرَّجل يزاد في عطائه عشرة دنانير

---

[١] كتب على هامش (ن): (فهو مجهول).

[٢] كتب على هامش (ن): (اسم موصول).

[٣] كتب على هامش (ن): (يعني أنَّ ابن عبَّاس منع من شرائه، فساقه؛ ليستدلَّ على عدم الجواز).

= وعنده مسائل كثيرة سمعها منه. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١١٩، المقصد الأرشد ١/ ٢٨٩.

(١) جاء في الروايتين والوجهين (١/ ٣٥٧): (فإن كان له دراهم معلومة في الديوان يقبضها على وجه الرزق، فهل يجوز بيعها بعوض قبل قبضها؟
فنقل أبو طالب: لا يجوز - وهو أصح -؛ لأنه لا يقدر على تسليمه لجواز منع التسليم، ولأنه ليس هذا بأكثر من الدين الثابت له في ذمة غيره فإنه لا يجوز بيعه من غيره قبل قبضه، فأولى أن لا يجوز ههنا.
ونقل حنبل: جواز ذلك، وعندي: أن هذه محمولة على أنه ابتاع العرض وأحاله بالثمن على الرزق).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٩٥٦).

فيشتريها منه بعرض، قال: وسألته عن بيع الصَّكِّ بالعرض قال: لا بأس به(١).

وروى حرب بإسناد صحيح عن ابن عبَّاس: أنَّه كان يكره بيع الزِّيادة في العطاء إلَّا بعرض(٢)، وهذه رواية ثانية[١] بالجواز[٢].

قال القاضي وابن عقيل: هذه الرِّواية فيما إذا بيع بعد حلول العطاء؛ لأنَّه وقت الاستحقاق، فهو حينئذ دين ثابت فيجوز بيعه.

لكن على طريقتهما: لا يجوز بيعه من غير الغريم، فرجعا وتأوَّلا الرِّواية على أنَّه اشترى ذلك العرض بثمن مؤجَّل إلى وقت قبض العطاء، وكان وقته معلومًا عندهما، أو أنَّه أحال بثمن العرض على حقِّه من العطاء، ولا يخفى فساد هذا التَّأويل لمن تأمَّل كلام أحمد.

وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه: قبل استحقاق قبضه، فأمَّا إذا استحق؛ فهو داخل في بيع الصِّكاك.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: عن أحمد).

[٢] كتب في هامش (ن): (يعني: في بيع العطاء قبل قبضه).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/٢٦٠٦): (قلت: بيع الزيادة في العطاء بالعروض؟ قال: يزاد الرجل عشرة دراهم في عطائه، فلا يبيعها إلا بالعروض، فإذا مات انقطع ذلك).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٩٦٣) بلفظ: «عن ابن عباس أنه كره بيع المائة في العطاء إلا بعرض».

المسألة الثَّانية: بيع الصِّكاك قبل قبضها، وهي الدُّيون الثَّابتة على النَّاس، ويسمَّى صكاكًا لأنَّها تكتب في صكاك، وهي ما يكتب فيه من الرَّقِّ ونحوه؛ فيباع ما في الصَّكِّ، فإن كان الدَّين نقدًا وبيع بنقد؛ لم يجز بلا خلاف؛ لأنَّه صرف بنسيئة، وإن بيع بعرض وقبضه في المجلس؛ ففيه روايتان:

إحداهما: لا يجوز[١]، قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصَّكِّ: هو غرر(١)، ونقل أبو طالب عنه أنَّه كرهه، وقال: الصَّكُّ لا يدرى يخرج أو لا يخرج، وهذا يدلُّ على أنَّ مراده الصَّكُّ من عطاء الديوان.

والثَّانية: الجواز، نصَّ عليها في رواية حرب وحنبل ومحمَّد بن الحكم، وفرَّق[٢] بينه وبين العطاء وقال(٢): الصَّكُّ إنَّما يحتال على رجل وهو مقِرٌّ بدين عليه، والعطاء إنَّما هو شيء مغيَّب لا يدري يصل إليه أم لا.

وكذلك نقل حنبل عنه في الرَّجل يشتري الصَّكَّ على الرَّجل بالدَّين؛ قال: لا بأس به بالعرض إذا خرج، ولا يبيعه حتَّى يقبضه؛ يعني: مشتريه، وهذا يدلُّ على أنَّه لم يجعله من ضمان مشتريه بمجرَّد

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الإمام أحمد).

---

(١) مسائل ابن منصور (٦/ ٢٥٦٩).

(٢) في (ب) و(و): قال.

القبض[١]، ولا أباح له التَّصرُّف فيه؛ لأنَّه بمنزلة المنافع والثَّمر في شجره، وحاصل هذا: يرجع إلى جواز بيع الدَّين من غير الغريم، وقد نصَّ على جوازه[٢] كما ترى.

المسألة الثَّالثة: بيع المغانم قبل أن تقسم، ونصَّ أحمد على كراهته[٣] في رواية حرب وغيره، وعلَّله في رواية صالح وابن منصور: بأنَّه لا يدرى ما يصيبه(١)؛ يعني: أنَّه مجهول القدر والعين وإن كان ملكه ثابتًا عليه، لكنَّ الإمام له أن يخصَّ كلَّ واحد بعين من الأعيان، بخلاف قسمة الميراث.

وصحَّ عن أبي الزُّبير؛ قال: قال جابر: «أكره بيع الخمس من قبل أن يقسم»(٢).

وروى محمَّد بن إبراهيم الباهليُّ، عن محمَّد بن زيد؛ يعني: العبديَّ، عن شهر بن حوشب، عن أبي سعيد الخدريِّ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تشتروا الصَّدقات حتَّى تقبض، والمغانم حتَّى تقسم» أخرجه الإمام أحمد، وابن ماجه، وإسحاق بن راهويه والبزَّار

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: أي: قبض الصكِّ.

[٢] كتب على هامش (ن): (والمذهب: أنَّه لا يجوز).

[٣] كتب على هامش (ن): (يعني: أنَّه لا يصحُّ).

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٣٨٨٧): (قلت له: نهي عن بيع المغانم حتى يعلم ما هي؟ قال: لأنه لا يدري ما يصيبه، ومثل ذلك سهام القصابين).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٩٤٨٧).

في «مسنديهما»(١).

ومحمَّد بن زيد: صالح لا بأس به، والباهليُّ: بصريٌّ مجهول، وشهرٌ حاله مشهور.

وفي «سنن أبي داود»(٢) من حديث رويفع بن ثابت: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا يحلُّ لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنمًا حتَّى يقسم»، وفي الحديث طول، وأخرج التِّرمذيُّ بعضه وحسَّنه(٣).

وخرَّج النسائي(٤) من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنَّ النبي ﷺ: «نهى عن بيع المغانم حتَّى تقسم»، وخرَّجه الإمام أحمد وأبو داود(٥) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النَّبيِّ ﷺ.

وروى ابن إسحاق، عن عبد الله بن أبي نَجيح، عن مكحول: «أنَّ النَّبي ﷺ نهى عن بيع المغانم حتى تقسم»(٦)، مرسل.

وهذا في حقِّ آحاد الجيش منهيٌّ عنه، سواء باعه قبل القبض أو بعده[١]؛ لأنَّه قبل القبض مجهول، وبعده تعدٍّ وغلول؛ فإنَّه لا يستبدُّ

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: بعد قبضه قبل قسم الإمام).

---

(١) أخرجه أحمد (١١٣٧٧)، وابن ماجه (٢١٩٦)، ولم نقف عليه في مسندي إسحاق والبزار.
(٢) برقم (٢١٥٨).
(٣) برقم (١١٣١).
(٤) في المجتبى برقم (٤٦٤٥).
(٥) أحمد (٩٠١٧)، وأبو داود (٣٣٦٩).
(٦) ذكره ابن هشام عن ابن اسحاق في السيرة (٢/ ٣٣١)، ورواه عبد الرزاق (٩٤٨٩) =

بالقسمة دون الإمام.

أمَّا الإمام؛ فإذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه؛ فله ذلك.

المسألة الرَّابعة: بيع الصَّدقات قبل القبض.

ومأخذه: أنَّ الصَّدقة لا تملك بدون القبض[١]، وفي «مصنَّف عبد الرَّزَّاق»(١) عن ابن جريج، عن موسى بن عقبة، عن غير واحد: «أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى أن تباع(٢) الصدقة حتَّى تعقل(٣) وتوسم».

وعن يحيى بن العلاء البجليِّ، عن [جهضم](٤) بن عبد الله، عن محمَّد بن زيد(٥)، عن شهر بن حوشب؛ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصَّدقات حتَّى تقبض»(٦)، وهذا المرسل أشبه من المسند السابق.

فأما على القول بملكها بمجرد القبول إذا تعيَّنت من غير قبض؛ فقد

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

= عن محمد بن راشد، عن مكحول مرسلًا.

(١) برقم (٦٨٩٩).

(٢) في (أ): تبتاع.

(٣) في (أ) و(و) و(ن): تعتقل.

(٤) في جميع النسخ: (خثعم). والصواب المثبت كما في مصنف عبد الرزاق (٦٩٠٠)، وسنن الترمذي (١٥٦٣)، وغيرهما من كتب الحديث.

(٥) في (أ) و(ب): يزيد.

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٦٩٠٠).

تقدَّم نصُّ أحمد بجواز التَّوكيل فيها(١)، وهو نوع تصرُّف؛ فقياسه سائر التَّصرُّفات، ويكون حينئذ كالهبة المملوكة بالعقد.

وأمَّا إذا عيَّنها المالك من ماله وأفردها؛ فلا تصير بذلك صدقة، ولا تخرج عن ملكه بدون قبض المستحقِّ[١] أو قبوله[٢]، وقد نصَّ أحمد على أنَّها إذا تلفت بعد تعيينها؛ لم تبرأ ذمَّته من الزَّكاة(٢).

وأمَّا إن كان صدقة تطوُّع؛ فاستُحِبَّ إمضاؤها، وكُره الرُّجوع فيها، ونقل عنه ما يدلُّ على خروجها عن ملكه بمجرَّد التعيين(٣)، نقل عبد الله عنه أنَّه قال: «كلُّ شيء جعله الرَّجل لله يُمضيه، ولا يرجع في ماله»(٤)، وذلك أنَّه قد خرج من ملكه؛ فليس هو له من صدقة أو معروف أو صلة رحم، وإن كان قليلًا أمضاه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (على المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (على القول الثَّاني).

---

(١) ينظر: (١/ ٣٦٤).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٣/ ١١٣٢): (قلت: إذا أخرج زكاة ماله، ثم سرقت أو ضاعت؟ قال: يستأنف).

(٣) في (ب): التَّعيُّن.

(٤) لم نجده في المطبوع من مسائل عبد الله، وفي الترجل والوقوف (ص ٩٠): (لا يجوز له أن يعود في صدقته كما أمره النبي ﷺ: «العائد في هبته»، وقال لعمر: «لا تشترها ولا تعد في صدقتك»، وإذا حمل شيئًا في سبيل الله أو تصدق لله فخرج من ملكه؛ لم يشتره، فإن رجع إليه بالميراث جاز له ذلك؛ لأن النبي ﷺ قال لعمر: «لا ترجع ولا تشترها»، ونهاه عن ذلك كل ما كان من صدقة أو حملان في سبيل الله أو وقف، فهذا سبيله يمضيه، فإن رجع إليه الصدقة أو الوقف بالميراث جاز له ذلك).

ونقل عنه حبيش بن سنديٍّ(١) في رجل دفع إلى رجل دراهمَ، فقال له: تصدَّق بهذه الدَّراهم، ثمَّ إنَّ الدَّافع جاء، فقال: ردَّ عليَّ الدَّراهم، ما يصنع المدفوع، يردُّها عليه؟ قال: لا يردها عليه، يمضيها فيما أمره به.

ونقل جعفر بن محمد معناه، وحمل القاضي ذلك على الاستحباب.

قال ابن عقيل: لا أعلم للاستحباب وجهًا، وهو كما قال، وإنَّما يتخرَّج على أنَّ الصَّدقة تتعيَّن بالتَّعيين(٢)؛ كما نقول في الهدي والأضحية: إنَّه يتعيَّن بالقول بغير خلاف.

وفي تعيينه بالنِّيَّة وجهان[١].

فإذا قال: هذه صدقة؛ تعيَّنت وصارت في حكم المنذورة، صرَّح به الأصحاب، لكن هل ذلك إنشاء منه للنَّذر أو إقرار به؟ فيه خلاف بين الأصحاب.

وإذا عيَّن بنيَّته أن يجعلها صدقة وعزلها من ماله؛ فهو كما لو اشترى شاة ينوي التَّضحية بها، ولا يلزم من ذلك سقوط الزَّكاة عنه بتلفها قبل

[١] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: لا).

(١) هو حبيش بن سندي، من كبار أصحاب أحمد، وكتب عنه نحوًا من عشرين ألف حديث، وكان رجلًا جليل القدر جدًّا، وعنده عن أبي عبد الله جزآن مسائل مشبعة حسان جدًّا يغرب فيها على أصحاب أحمد. ينظر: طبقات الحنابلة ١/١٤٦.

(٢) في (ب): بالتَّعيُّن.

قبض المستحقِّ أو الإمام؛ لأنَّا إن قلنا: الزَّكاة في الذِّمَّة؛ فهو كما لو عين عن هدي واجب في الذِّمَّة هديًا، فعطب؛ فإنَّه يلزمه إبداله، وإن قلنا: في العين؛ فلا يبرأ منها لفوات قبض المستحقِّ أو من يقوم مقامه، وإيصاله إليه واجب عليه؛ فلا يبرأ بدونه، ولا يكتفى فيه بالتَّمييز ولو حصل التَّمكين من القبض؛ لأنَّ فعل الدَّفع واجب عليه؛ فكيف إذا لم يحصل التَّمكين، والله أعلم.

قاعدة [٥٣]

من تصرَّف في عين تعلَّق بها حقٌّ لله تعالى[١] أو لآدميٍّ معيَّنٍ[٢]:

إن كان الحقُّ مستقرًّا فيها بمطالبة من له الحقُّ بحقِّه[٣] أو يأخذه بحقِّه[٤]؛ لم ينفذ التَّصرُّف.

وإن لم يوجد سوى تعلُّق الحقِّ[٥] لاستيفائه منها؛ صحَّ التَّصرُّف على ظاهر المذهب.

وقياس قول أبي بكر: لا يصحُّ؛ حيث قال: لا يصحُّ وقف الشَّفيع[٦] ولا رهن الجاني، وكلامه في «الشافي» يدلُّ على أنَّ التَّصرُّف فيما وجبت فيه الزَّكاة لا يصحُّ في قدرها.

---

[١] كتب على هامش (ن): (كالزَّكاة).

[٢] كتب على هامش (ن): (كالرهن والشِّقص المشفوع).

[٣] كتب على هامش (ن): (كالشُّفعة).

[٤] كتب في هامش (ن): (كالرهن).

[٥] كتب على هامش (ن): (يعني: من غير مطالبة من له الحق، إلَّا أخذه بحقِّه؛ كتعلُّق حق المجني على نفس الجاني، باستثناء أروش الجناية منه).

[٦] كتب على هامش (ن): (كذا وقع في نسخ هذا الكتاب، وصوابه: المشتري للشِّقص المشفوع).

وكذلك اختار أبو الخطاب في «الانتصار»: أنَّه لا يصحُّ التَّصرُّف في الجاني بالبيع؛ لتعلُّق الحقِّ بعينه، فإن فداه السيد؛ كان افتكاكًا له، وسقط الحقُّ المتعلِّق به، كما لو وفَّى دين الرهن.

والمذهب الأوَّل؛ وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلَّق بالعين، وبين(١) أن يترتَّب على الثُّبوت مقتضاه بالأخذ بالحقِّ أو بالمطالبة به؛ فالأوَّل ملك أن يتملَّك، والثَّاني تملَّك أو طالب بحقِّه الَّذي لا يمكن دفعه عنه[١]، وهو شبيه بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده؛ فالفلس مقتضٍ للحجر والمنع من التَّصرُّف، ولا يثبت ذلك إلَّا بالمطالبة والحكم.

ويتخرَّج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها: التَّصرُّف في المرهون ببيع أو غيره ممَّا لا سراية له[٢]؛ لا يصحُّ؛ لأنَّ المرتهن أخذ بحقِّه في الرَّهن من التَّوثُّق والحبس وقبضه، وحُكم له به؛ فهو بالنِّسبة إلى الرَّهن كغرماء المفلس المحجور عليه.

وأمَّا العتق؛ فإنَّما نفذ لقوَّته وسرايته، كما نفذ حجُّ المرأة والعبد بدون إذن السَّيِّد والزَّوج، حتَّى إنَّهما لا يملكان تحليلهما على

[١] كتب على هامش (ن): (كالمطالبة بالشفعة).

[٢] كتب على هامش (ن): (يحترز به عن العتق، فإنَّ تصرُّف الرَّاهن به صحيح؛ لسرايته وقوَّته، كما سيأتي في كلام المصنِّف).

(١) في (ب): وعن.

إحدى الرِّوايتين[١]؛ لقوَّة الإحرام ولزومه، ولهذا ينعقد مع فساده ويلزم إتمامه.

ومنها: الشفيع إذا طالب بالشُّفعة؛ لا يصحُّ تصرف المشتري بعد طلبه؛ لأنَّ حقَّه تقرَّر وثبت، وقبل المطالبة إنَّما كان له[٢] أن يتملَّك، والمطالبة إمَّا تملُّك على رأي القاضي[٣]، وإمَّا مؤذنة بالتَّملُّك ومانعة للمشتري من التصرف؛ إذ تصرُّف المشتري إنَّما كان نافذًا؛ لترك الشَّفيع الاحتجار عليه والأخذ بحقِّه، وقد زال[٤].

فإن نهى الشَّفيع المشتري عن التَّصرُّف ولم يطالب بها؛ لم يصر المشتري ممنوعًا، بل تسقط الشُّفعة على قولنا: هي على الفور[٥]، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنها: إذا حلَّ الدَّين على الغريم وأراد السَّفر، فإن منعه غريمه من ذلك؛ لم يجز له السفر، وإن فعل؛ كان عاصيًا به؛ لأنَّه حبسه[٦]، وله ولاية حبسه لاستيفاء حقِّه؛ كالمرتهن في الرَّهن[٧].

---

[١] كتب على هامش (ن): (والمذهب: أنَّهما يملكان ذلك).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الشَّفيع).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: بطلب الشَّفيع).

[٥] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٦] كتب على هامش (ن): (أي: منعه من السَّفر).

[٧] كتب على هامش (ن): (فإنَّ له أن يحبسه؛ لاستيفاء حقِّه منه).

وإن لم يمنعه، فهل له الإقدام على السفر؟ ذكر ابن عقيل فيه وجهين:

أحدهما: يجوز[١]؛ لأنَّ الحبس عقوبة لا يتوجَّه بدون الطَّلب والإلزام.

والثَّاني: لا؛ لأنَّه يمنع بسفره حقًّا واجبًا عليه، لا لثبوت الحبس في حقِّه[٢]؛ بل لما يلزم من سفره من تأخير(١) الحقِّ الواجب.

ومنها: المفلس إذا طلب البائع منه سلعته الَّتي يرجع بها[٣] قبل الحجر؛ لم ينفذ تصرُّفه، نصَّ عليه، قال إسماعيل بن سعيد(٢): سألت أحمد عن المفلس: هل يجوز فعله فيما اشترى قبل أن يطلب البائع منه ما بايع المشتري عليه؛ فقال: إن أحدث المشتري فيه عتقًا أو بيعًا أو هبة؛ فهو جائز عندنا(٣) ما لم يطلب البائع ذلك، وذلك أنَّ الحديث قال: «هو أحقُّ به»(٤)؛ ولا يكون أحقَّ به إلَّا بالطَّلب، فلعلَّه ألَّا يطلبه،

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (لأنَّ ثبوته إنَّما يكون بمطالبته).

[٣] كتب على هامش (ن): (يعني: بعد الحجر عليه من الحاكم).

(١) في (ب): تأخر.

(٢) هو الشالنجي، ذكره الخلال، وقال: عنده مسائل كثيرة عن أحمد. ينظر طبقات الحنابلة ١/ ١٠٤.

(٣) قوله: (عندنا) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن).

(٤) يشير إلى حديث أخرجه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩)، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس - أو إنسان قد أفلس - فهو أحق به من غيره».

فقلت: أرأيت إن طلبه منه؛ فلم يدفعه إليه؟ قال: فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته بعد الطَّلب.

ونقل عنه إسماعيل أيضًا كلامًا يدلُّ على أنَّ مطالبة البائع تثبت إمَّا بتفليس الحاكم، أو باشتهار فلسه بين النَّاس.

وكذلك نقل عنه محمَّد بن موسى الدَّنْداني(١) أنَّ اشتهار(٢) فلسه بظهور أماراته يمنع نفوذ تصرُّفاته مطلقًا[١].

ومنها: لو وَجَد مضطرًّا وعنده طعام فاضل، فبادر فباعه أو رهنه؛ هل يصحُّ؟

قال أبو الخطاب في «الانتصار» في الرَّهن: يصحُّ، ويستحقُّ أخذه من يد المرتهن، والبائع مثله، ولم يفرق بين ما قبل الطلب وبعده.

والأظهر: أنَّه لا يصح بيعه بعد الطلب؛ لوجوب الدفع، بل ولو

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: سواء كان قبل طلب البائع أو بعده).

---

(١) في (أ) و(و): الزيداني. وفي (هـ): الدَّيدانيُّ.
ومحمد بن موسى الدنداني نقل عنه أبو يعلى رواية في الروايتين والوجهين (١/ ٣٧٤)، ولم نقف على ترجمته، ولعله ابنٌ لموسى بن سعيد بن النعمان بن بسام الثغري، أبي بكر الطرسوسي، المعروف بالدنداني، كانت عنده مسائل حسان عن الإمام أحمد. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٣٣٢، تهذيب التهذيب ١٠/ ٣٤٥.
وكتب على هامش (ن): (موسى بن سعيد الدَّندانيُّ ذكره ابن الجوزي فيمن روى عن أحمد، ولم يذكر ولده محمَّدًا هذا، ونسبته بدالين مهملتين مفتوحتين بينهما نون ساكنة، وبعد الألف نون أخرى).

(٢) في (ب): إشهار.

قيل: لا يصحُّ بيعه مطلقًا مع علمه باضطراره؛ لم يبعد؛ لأنَّ بذله له واجب بالثمن، فهو كما لو طالب الشَّفيع بالشُّفعة وأولى؛ لأنَّ هذا يجب بذله ابتداء لإحياء النَّفس.

وقد يفرَّق بأن الشَّفيع حقه منحصر(١) في عين الشِّقص، وهذا حقُّه في سدِّ الرَّمق، ولهذا كان إطعامه فرضًا على الكفاية، فإذا نقله إلى غيره؛ تعلَّق الحقُّ بذلك الغير، ووجب البدل عليه.

وأمَّا ما تعلَّق به حقٌّ مجرَّد؛ فيندرج تحته مسائل متعدِّدة:

منها: بيع النِّصاب بعد الحول؛ فإنَّه يصحُّ، نصَّ عليه؛ لأنَّ الوجوب إن كان متعلِّقًا في الذمة وحدها فلا إشكال، وإن كان في العين وحدها؛ فليس بمعنى الشَّركة، ولا بمعنى انحصار الحقِّ فيها، ولا تجوز(٢) المطالبة بالإخراج منها عينًا مع وجود غيرها، فلا يتوجَّه انحصار الاستحقاق فيها بحال.

ومنها: بيع الجاني، يصحُّ في المنصوص، وهو قول أكثر الأصحاب، وسواء(٣) طالب المجنيُّ عليه بحقه أو لا؛ لأنَّ حقه ليس في ملك العبد، ولو كان كذلك لملكه ابتداء، وإنَّما وجب له أرش جنايته، ولم يجد محلًّا يتعلَّق به الوجوب سوى رقبة العبد الجاني؛ فانحصر الحقُّ فيها بمعنى الاستيفاء منها، فإن رضي المالك[١] ببذله

[١] كتب على هامش (ن): (أي: مالك العبد).

(١) في (أ): مستحصر. وكتب فوقها في (د): متعيِّنٌ.
(٢) في (ب) و(هـ): ولا يجوز.
(٣) في (ب): سواء.

جاز، وإلَّا فإنَّما له أقل الأمرين من قيمة الجاني أو أرش جنايته، فأيُّهما بُذِل له؛ لزمه قبوله، والمطالبة منه[١] إنَّما تتوجَّه بحقِّه، وحقُّه هو أرش الجناية لا ملك رقبة العبد على الصَّحيح، فلا يتوجَّه المنع من التَّصرُّف فيه[٢]؛ لأنَّ تسليمه إليه[٣] لم يتعيَّن.

ومنها: من ملك عبدًا من الغنيمة، ثمَّ ظهر سيِّده، وقلنا: حقُّه ثابت فيه بالقيمة، فباعه المغتنم قبل أخذ سيِّده؛ صحَّ، ويملك السيد انتزاعه من الثَّاني[٤].

وكذلك لو رهنه؛ صحَّ، ويملك السَّيِّد انتزاعه من المرتهن، ذكره أبو الخطاب في «الانتصار» أيضًا، ولم يفرق بين أن يطالب[٥] بأخذه أو لا.

والأظهر: أنَّ المطالبة تقطع التَّصرُّف؛ كمطالبة الشَّفيع.

ومنها: تصرُّف الورثة(١) في التَّركة المتعلِّق بها حقُّ الغرماء، وفي صحَّته وجهان: أصحُّهما: الصِّحَّة(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: من المجني عليه).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: العبد الجاني).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: إلى المجني عليه).

[٤] كتب على هامش (ن): (يعني: بثمنه).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: السَّيِّد).

---

(١) في (ب): التَّورثة.

(٢) قال في الإنصاف (١٣/ ٣٣١): (وإنما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان. قاله القاضي).

وعلى المنع ينفذ بالعتق كالرَّهن.

واختار ابن عقيل في «نظريَّاته»: أنَّه لا ينفذ إلَّا مع يسارهم؛ لأنَّ تصرُّفهم تبع لتصرُّف الموروث في مرضه، وهذا متوجه على قولنا: إن حقَّ الغرماء تعلق بالتَّركة في المرض.

ومنها: تصرف الزوجة في نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا: لم يدخل في ملك الزوج قهرًا[١].

قال صاحب «التَّرغيب»: يحتمل وجهين؛ لتردُّده بين خيار البيع وبين خيار الواهب[٢].

ومنها: تصرُّف من وهبه المريض ماله كلَّه في مرضه قبل موته؛ فيجوز[٣]، وينفذ، حتى لو كان أمة كان له وطؤها، ذكره القاضي في «خلافه».

---

[١] كتب على هامش (ن): (والمذهب: أنَّه يدخل في ملكه قهرًا).

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: فإنَّ تصرُّف البائع والمشتري فيه في مدَّة الخيار لا يصحُّ، لكن تصرُّف البائع فسخ للبيع، وتصرُّف المشتري إسقاط لخياره، وسيأتي في القاعدة الَّتي تلي هذه ذكر هذه المسألة بعينها، وأنَّ صاحب «المحرَّر» صرَّح أنَّه لا يجوز تصرُّفها، فيُعجَب من المصنِّف كونه لم يذكر قول صاحب «المحرَّر» هنا، وذكر قول صاحب «التَّرغيب» المردَّد، وأبعد النجعة في ذلك.

[٣] كتب على هامش (ن): (يعني: قبل الموت على الصَّحيح).

واستبعده الشَّيخ تقيُّ الدِّين(١)؛ لأنَّه يتوقَّف على إجازة الورثة[١]؛ فكيف يجوز قبلها؟!

وقد يقال: هو في الظَّاهر ملكه بالقبض، وموت الواهب وانتقال الحقِّ إلى ورثته مظنون؛ فلا يمنع التَّصرُّف.

وأما تصرُّف المشتري في مدة الخيار له وللبائع؛ فالمنصوص عن أحمد: أنه موقوف على إمضاء البيع(٢)[٢][٣]، وكذلك ذكره أبو بكر في «التَّنبيه»، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه»؛ لأنه تصرف في خالص ملكه[٤]، ولم يتعلَّق به سوى حق البائع في الفسخ، وقد زال[٥]، فأشبه تصرُّف الابن فيما وهبه له الأب؛ غير أنَّ تصرف الابن لا يقف على

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: فيما زاد على الثُّلث).

[٢] كتب على هامش (ن): (المعروف أنَّه لا يصحُّ، بل يكون إمضاء ورضًى بالبيع).

[٣] كتب على هامش (ن): (يعني: من البائع، ولا يصحُّ تصرُّف المشتري إذا كان الخيار لهما أو للبائع، إلَّا بإذن البائع أو معه على الصَّحيح من المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: فينفذ، لكن بإذن البائع أو معه على المذهب).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: بإمضاء البائع له ورضاه به).

(١) ينظر: الاختيارات ص ٢٧٧.

(٢) في (ب): البائع.

إمضاء الأب؛ لأنَّ حق الأب في الفسخ يسقط بانتقال الملك[١]، ولأنَّ تسلُّط الأب على الرجوع[٢] لم يكن لبقاء أثر ملكه، بل هو حقٌّ ثابت بالشرع مع ثبوت ملك الولد واستقراره؛ فلا يمنع التصرف.

وطَرْدُ هذا: في كلِّ من تصرف في ماله وقد تعلق به حق غيره؛ لا يبطل من أصله؛ كتصرف المريض فيما زاد على ثلث ماله؛ فإنَّه يقف على إمضاء الورثة، وعتق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه بالعتق، ذكره أبو بكر في «الخلاف».

وكذا ذكر أبو الخطاب في «انتصاره» في مسألة إجازة الورثة: أنَّ تصرُّف الرَّاهن يصح ويقف على إجازة المرتهن.

وذكر الشَّيخ مجد الدين: أن هذا قول من يقول بوقف تصرف الفضولي.

وذكر أبو الخطاب أيضًا: أن تصرف المشتري في الشِّقص المشفوع يصح ويقف على إجازة الشفيع.

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: وحقُّ البائع إذا كان الخيار له أو لهما؛ لا يسقط بانتقال الملك).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: فيما وهبه الولد).

قاعدة [٥٤]

من ثبت له حقٌّ في عين وسقط بتصرُّف غيره فيها؛ فهل يجوز للمتصرِّف فيها الإقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا؟

هذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الحقُّ الذي يسقط[١] بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملَّكه.

والثَّاني: أن يكون قد طالب به صريحًا أو إيماء.

والثَّالث: أن يثبت له الحقُّ شرعًا، ولم يأخذ به، ولم يطالب به.

فأمَّا الأول: فلا يجوز إسقاط حقِّه ولو ضمنه بالبدل؛ كعتق العبد المرهون - إذا قلنا بنفوذه على المشهور من المذهب -؛ فإنَّه لا يجوز، ذكره غير واحد من الأصحاب، منهم صاحب «الكافي» والقاضي وابن عقيل، مع أنَّ عتقه يوجب ضمان قيمته تكون[٢] رهنًا؛ لأنَّ فيه إسقاطًا لحقه القائم في العين بغير رضاه.

(١) في (أ): سقط.

(٢) في (أ) و(و): يكون.

وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاد محرَّم(١)، ولأجله منعنا أصل الوطء.

وكذلك ينبغي أن يكون عتق المفلس[١] المحجور عليه إذا نفذناه؛ لأنَّ غرماءه قد قطعوا تصرُّفه فيه بالحجر وتملَّكوا المال، وقد ذكره[٢] ابن عقيل أيضًا في تبذيره قبل الحجر.

وذكر القاضي في «خلافه»: أنَّ ظاهر كلام أحمد جواز عتق الرَّاهن؛ كاقتصاصه من أحد عبديه المرهونين إذا قتل الآخر، ولم يذكر بذلك نصًّا، ولعلَّه أخذه من قوله بنفوذ العتق، ولا يدلُّ[٣].

وأمَّا اقتصاص الرَّاهن من العبد المرهون أو من قاتله[٤]؛ فقد صرَّح القاضي وابن عقيل: بأنَّه لا يجوز؛ لأنَّ فيه تفويتًا لحق المرتهن من عين الرهن أو قيمته الواجبة له؛ وأوجبا على الراهن قيمته تكون رهنًا.

وصرَّحا أيضًا ههنا: بأنَّ العتق لا يجوز، وإنَّما ذكرا جوازه في مسألة العتق.

وظاهر كلام أحمد: جواز القصاص.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومثله عتق السَّفيه).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: تحريم عتق المفلس).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: نفوذ العتق على الجواز).

[٤] كتب على هامش (ن): (يعني: إذا جُني عليه).

---

(١) في (أ) و (هـ): يحرم.

فيكون الفرق بين القصاص والعتق: أنَّ وجوب القصاص تعلَّق بالعبد تعلُّقًا يقدَّم به على حق المرتهن، بدليل أن حق الجاني مقدَّم على المرتهن لانحصار حقِّه فيه، بخلاف المرتهن، وهذا مفقود في العتق.

وأمَّا الثَّاني: فلا يجوز أيضًا، ومنه: خيار البائع المشترط في العقد لا يجوز للمشتري إسقاطه بالتَّصرُّف في المبيع[١] ولو قلنا: إن الملك له[٢]؛ فإن اشتراط الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ.

وأمَّا الثَّالث: ففيه خلاف، والصَّحيح: أنَّه لا يجوز أيضًا، ولهذا لم يجز إسقاط خياره الثابت في المجلس بالعتق ولا غيره، كما لو اشترطه.

ويندرج في صور الخلاف مسائل:

منها: مفارقة أحد المتبايعين للآخر في المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر، وفيه روايتان:

إحداهما: يجوز؛ لفعل ابن عمر(١).

والثَّانية: لا يجوز[٣]؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده:

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بالعتق).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب)، وكتب آخر عليها: (وإن كان يسقط به خيار الآخر على الصَّحيح من المذهب).

---

(١) عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ، قال: «إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خيارًا» قال نافع: وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه. أخرجه البخاري (٢١٠٧)، ومسلم (١٥٣١)، واللفظ للبخاري.

أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «ولا يحلُّ له أن يفارقه خشيةَ أن يستقيله»(١)، وهو صريح في التحريم، وهي اختيار أبي بكر وصاحب «المغني».

ومنها: تصرُّف المشتري في الشقص المشفوع بالوقف قبل الطلب، ينبغي أن تخرَّج على الخلاف في الَّتي قبلها.

وصرح القاضي بجوازه.

وظاهر كلامه في مسألة التَّحيُّل على إسقاط الشفعة تحريمه، وهو الأظهر[١]، ويدلُّ عليه: «أنَّ النَّبي ﷺ نهى عن بيع الشَّريك حتى يعرض على شريكه ليأخذ أو يذر»(٢)، مع أنَّ حقَّه من الأخذ لا يسقط بذلك، فأولى أن ينهى(٣) عمَّا يُسقِط حقَّه بالكليَّة.

ومنها: وطء العبد زوجته الأمة إذا عَتَقَت ولم تعلم(٤) بالعتق؛ ليسقط اختيارها للفسخ؛ الأظهر تخريجه على الخلاف أيضًا(٥).

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) أخرجه أحمد (٦٧٢١)، وأبو داود (٣٤٥٦)، والترمذي (١٢٤٧)، والنسائي (٤٤٨٣).

(٢) أخرج مسلم (١٦٠٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شرك، في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى؛ فشريكه أحق به حتى يؤذنه».

(٣) في (ب): ينتهي.

(٤) في(أ): يعلم.

(٥) علق عليه في الإنصاف (٢٠/ ٤٦٠): (يعني الذي ذكره في أصل القاعدة، فإنه لا يجوز الإقدام عليه).

وقال الشَّيخ مجد الدين في «تعليقه على الهداية»: قياس مذهبنا جوازه. وفيما قاله نظر.

ومنها: تصرُّف الزوجة في نصف الصَّداق إذا طلق الزوج قبل الدُّخول، وقلنا: لم يملكه قهرًا؛ فإنَّه لا يجوز، صرَّح به في «المحرَّر».

فأما تصرف أحد المتبايعين فيما بيده من العوض إذا استحقَّ الآخر ردَّ ما بيده بعيب أو خُلْفٍ في صفة[١]؛ فيجوز، ذكره القاضي في «خلافه»؛ لأنَّ تصرُّفه لا يمنع حقَّ الآخر من رد ما بيده، فإذا رده استحق الرُّجوع بالعوض الَّذي بذله إن كان باقيًا، وإلَّا رجع ببدله.

وقياس هذا: أنَّ للبائع التصرف في الثَّمن في مدَّة الخيار(١)[٢].

وظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم: أنَّ للبائع التَّصرُّف في الثمن في مدَّة الخيار، إلَّا أن يُتَّخذ حيلة على أن يقرض غيره مالًا ويأخذ منه ما ينتفع به على صورة البيع[٣] ويشترط الخيار ليرجع فيه، وإن كان على غير وجه الحيلة، فيجوز، ولم يمنعه من التَّصرُّف في الثَّمن.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قبل فسخ المستحقِّ بالرَّدِّ).

[٢] كتب على هامش (ن): (المذهب: أنَّ البائع ممنوع من التَّصرُّف في الثَّمن في مدَّة الخيار).

[٣] كتب على هامش (ن): (كيف ينتفع بما يأخذه على صورة البيع في مدَّة الخيار؟! فإنَّه ممنوع من الانتفاع واستخدامه إلَّا بقدر الاستعلام).

---

(١) في (أ): في مدته.

قاعدة [٥٥]

من ثبت له حقُّ التملك بفسخ أو عقد؛ هل يكون تصرفه تملُّكًا أم لا؟ وهل ينفذ تصرفه أم لا؟

المشهور من المذهب: أنَّه لا يكون تملُّكًا، ولا ينفذ، وفي بعض صورها خلاف.

ومن صور المسألة: البائع بشرط الخيار إذا تصرَّف في المبيع؛ لم يكن تصرُّفه فسخًا ولم ينفذ، نصَّ عليه، وقال في رواية ابن القاسم: لا يجوز عتق البائع؛ لأنَّه غير مالك له في ذلك الوقت، إنَّما له فيه خيار[١]، فإذا اختاره ثمَّ أعتقه؛ جاز، فأمَّا دون أن يردَّ البيع؛ فلا.

واختلف الأصحاب في المسألة على طرق:

أحدها: أنَّه لا يكون فسخًا رواية واحدة، وإنَّما ينفسخ بالقول، وهي طريقة أبي بكر، والقاضي في «خلافه»، وصاحب «المحرر»، وهي أصحُّ.

وقد نصَّ أحمد على أنَّ بيعه ليس بفسخ في رواية إسماعيل بن سعيد.

ونصَّ على أنه إذا وطئ؛ فعليه الحدُّ في رواية مهنَّى.

[١] كتب على هامش (ن): (أي: خيار الفسخ).

والطَّريقة الثَّانية: أن المسألة على روايتين[١]، وهي طريقة القاضي في «كتاب الرِّوايتين»، وأبي الخطاب، وابن عقيل، وصاحب «المغني»، ورجَّحا أنَّه فسخ؛ لأنَّ ملك المشتري في مدة الخيار غير مستقر؛ فينفسخ بمجرَّد تصرف البائع، بخلاف بائع المفلس؛ لأنَّ ملك المفلس تامٌّ.

والطريقة الثالثة: أنَّ تصرُّفه فسخ بغير خلاف، كما أنَّ تصرُّف المشتري إمضاء وإبطال للخيار في المنصوص، وهي طريقة القاضي في «المجرد»، والحلوانيِّ في «الكفاية»، وهي مخالفة للمنصوص، ولا يصحُّ اعتبار فسخ البائع بإمضاء المشتري؛ لأنَّ ملك المشتري قائم وملك البائع مفقود.

والطَّريقة(١) **الرابعة**: أن تصرُّفه بالوطء فسخ بغير خلاف؛ لأنَّه اختيار، بدليل وطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة، وبغيره فيه الخلاف، وهي طريقة صاحب «الكافي».

وممَّن صرَّح بأن الوطء اختيارٌ: القاضي في «المجرد»، وحكاه في «الخلاف» عن أبي بكر في «التَّنبيه»، ولم أجده فيه.

ولا يصحُّ إلحاق وطء البائع بوطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة؛ لأنَّ ملكه قائم؛ فكذلك كان الوطء اختيارًا في حقِّه، فهو كوطء

[١] كتب على هامش (ن): (والمذهب منهما: أنَّ تصرُّفه ليس بفسخ).

(١) في (ب) و(د) و(و) و(ن): الطَّريقة.

المشتري ههنا، والبائع بخلافه، وقد نصَّ أحمد على أنَّ عليه الحدَّ في رواية مهنَّى[١].

وأمَّا نفوذ التَّصرُّف؛ فممتنع على الأقوال كلِّها، صرَّح به الأكثرون من الأصحاب؛ لأنَّه لم يتقدمه ملك، اللَّهم إلَّا أن يتقدَّمه سبب يوجب الانفساخ كالسَّوم ونحوه.

وذكر الحلوانيُّ في «التبصرة»: أنَّه ينفذ، ويتخرَّج(١) من قاعدة لنا ستذكر إن شاء الله تعالى، وهي: أنَّه يكفي مقارنة شروط العقد للعقد في صحَّته.

ومنها: إذا باع أمة بعبد، ووجد بالعبد عيبًا؛ فله الفسخ واسترجاع الأمة، وكذلك سائر السِّلع المعيبة إذا علم بها بعد العقد، وليس له التَّصرُّف في عوضه[٢] الذي أداه؛ لأن ملك الآخر عليه تام مستقر، فلو أقدم وأعتق الأمة أو وطئها؛ لم يكن ذلك فسخًا، ولم ينفذ عتقه، ذكره القاضي في «خلافه».

وذكر في «المجرَّد» وابن عقيل في «الفصول» احتمالًا آخر: أنَّ وطأه يكون استرجاعًا كما في وطء المطلَّقة الرجعية، ومن أسلم على أكثر من أربع نسوة.

وهذا واهٍ جدًّا؛ فإن الملك عن الرَّجعيَّة ومن أسلم عليهنَّ لم يزل،

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: قبل أن يفسخ).

---

(١) في (ب): ومخرج.

وههنا قد زال[١].

ومنها: لو باع أمة، ثمَّ أفلس المشتري قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها، فله استرجاعها بالقول بدون إذن الحاكم على أصحِّ الوجهين، حكاهما القاضي؛ بناءً على نقض حكم الحاكم بخلافه[٢]، فيكون كالفسخ المجمع عليه، فلا يحتاج إلى حاكم، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداء[٣]؛ لم ينفذ، ولم يكن استرجاعًا، وكذلك الوطء، ذكره القاضي في «الخلاف»؛ لتمام ملك المفلس.

وفي «المجرَّد» و«الفصول»: أنَّ الوطء استرجاع، وأنَّ فيه احتمالًا آخر بعدمه[٤].

ويمكن تخريج هذا الخلاف في سائر التصرفات على طريقة من أثبت الخلاف في تصرف البائع في مدَّة الخيار؛ لأن ملك المفلس غير تامٍّ، بدليل منعه من التصرف في ماله لحقِّ البائع؛ فهو كالمشتري في مدَّة الخيار، غير أنَّ ضعف الملك هنا طارئ، وفي مدَّة الخيار مبتدأ،

[١] كتب على هامش (ن): (ولو علَّل بأنَّ له حق الفسخ فكان وطؤه فسخًا، كالبائع في مدَّة الخيار؛ كان ظاهرًا، وسيأتي التَّنبيه عليه).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بخلاف استرجاع البائع للعين؛ يعني: أنَّه حكم بأنَّ البائع أسوة الغرماء بالثَّمن، والصَّحيح عندنا: أنَّه يجوز نقض هذا الحكم؛ لمخالفته لنصِّ السُّنَّة الصَّريح).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: من غير استرجاع بالقول).

[٤] كتب على هامش (ن): (وهو الصَّحيح).

ولا أثر لذلك.

ومنها: تصرف الشَّفيع في الشقص المشفوع قبل التملك؛ هل يكون تملكًا، ويقوم ذلك مقام قوله: تملَّكته، أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك، أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك به؟ يمكن تخريجه على الخلاف في المسألة الَّتي(١) قبلها، ولا سيَّما بعد المطالبة؛ لأنَّ حقَّه استقرَّ وثبت، وانقطع تصرُّف المشتري.

ومنها: لو وهب الأب لولده شيئًا، وقبضه الولد، ثمَّ تصرَّف الأب فيه بعد القبض؛ هل يكون تصرفه رجوعًا؟ المنصوص: أن لا، قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا وهب لابنه جارية وقبضها الابن؛ لم يجز للأب عتقها حتَّى يرجع فيها، وقال في رواية ابن هانئ(٢): هذه الجارية للابن، وأعتق الأب ما ليس له.

وخرَّج أبو حفص البرمكي(٣) في كتاب «حكم الوالدين في مال ولدهما» رواية أخرى: أنَّ العتق صحيح، ويكون رجوعًا، وسيأتي ذكر رجوع أصل هذا التَّخريج إن شاء الله تعالى(٤).

وفي «التلخيص»: لا يكون وطؤه رجوعًا، وهل يكون بيعه وعتقه

---

(١) قوله: (الَّتي) سقط من (أ).

(٢) (٢/ ١٢).

(٣) هو عمر بن أحمد بن إبراهيم، أبو حفص البرمكي، كان من الفقهاء والأعيان النساك الزهاد، ذو الفتيا الواسعة والتصانيف النافعة، من ذلك: المجموع، وشرح بعض مسائل الكوسج. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١٥٣.

(٤) ينظر: (١/ ٣٩٧).

ونحوهما رجوعًا؟ على وجهين، ولا ينفذ عليهما؛ لأنَّه لم يلاق الملك، انتهى.

ويتخرَّج وجه بنفوذه؛ لاقتران الملك به كما سبق.

ومنها: لو تصرَّف الوالد في مال ولده الَّذي يباح له تملُّكه[١] قبل التَّملُّك؛ لم ينفذ، ولم يكن تملكًا على المعروف من المذهب، وإن تملكه لا يحصل بدون القبض الذي يراد به التملك، وقد نص عليه أحمد في مواضع(١)؛ لأنه مباح، فلم يُتملَّك بدون قبضه؛ كالاصطياد والاحتشاش.

ولم يخرجوا في تملكه بالقول بمجرده خلافًا من الهبة ونحوها؛ لأنَّ الهبة عقد من اثنين؛ فيكتفى فيه بالقبول؛ كعقد المعاوضة، وههنا

[١] كتب على هامش (ن): (وهذا الملك أباحه له الشارع لا بفسخ وهو ظاهر، ولا بعقد، وصرَّح المصنِّف بذلك في أثناء الكلام على المسألة، حيث قال: «وههنا اكتساب مال مباح من غير عقد»، وإنَّما ذكر المصنِّف مسألة تصرُّف الأب في مال ولده الَّذي مباح له تملُّكه قبل التَّملُّك، هل يكون تملُّكًا أو لا؟ استطرادًا، وإن لم يكن من جزئيات القاعدة؛ لأنَّه إنَّما فُرِض فيمن ثبت له حقُّ التَّملُّك بفسخ أو عقد، ولا كذلك تملَّك الوالد لمال ولده).

(١) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ١١): (قال ابن هانئ: سمعت أبا عبد الله يقول: الوالد إذا أعتق غلام ابنه لا يجوز ما لم يقبضه، وإذا قبضه وأعتق جاز، قال ابن هانئ: سمعت أبا عبد الله يقول: كل شيء يأخذ من مال ولده فيقبضه، فله أن يأكل ويُعتق).

اكتساب مال مباح من غير عقد؛ فلا يكتفى فيه بدون القبض والحيازة، وما لم يُحَز؛ فهو باق على ما كان عليه.

وخرَّج أبو حفص البرمكيُّ رواية أخرى بصحَّة تصرفه بالعتق قبل القبض، وأخذ ذلك ممَّا رواه المروذيُّ عنه أنَّه قال: لو أنَّ لابنه جارية فعتقها، كان جائزًا(١).

وفي رواية محمَّد بن الحكم: يُعتق الأب في مال الابن، هو ملك الابن حتَّى يُعتق الأب أو يأخذ.

وفي رواية الميموني: أرى أنَّ ماله يؤخذ منه ويُعتَق منه؛ إلَّا أمَّ ولد ابنه(٢).

وفي(٣) توجيه هذه الرِّواية[١] طريقان:

أحدهما: أنَّ رقيق الابن له[٢] فيه شبهة ملك، ولذلك نفذ استيلاده فيه، فينفذ عتقه، كعتق أمة من المغنم، لكن لا يضمن؛ لأنَّ الأب لا يطالب بما أتلفه من مال ولده.

والثَّاني: أن يقال: وقع الملك مقارنًا للعتق، فنفذ، وهذا(٤) القدر

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الرِّواية بعتق الأب رقيق ولده).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الأب).

---

(١) ينظر: بدائع الفوائد (٣/ ٩٧).

(٢) ينظر: بدائع الفوائد (٣/ ٩٧).

(٣) في (أ): في.

(٤) في (ب): هذا. وفي (و): فهذا.

من الملك يكتفى به في العتق، كما لو قال لغيره: أعتِق عبدك عنِّي وعليَّ ثمنه، ففعل؛ صحَّ(١) ووقع العتق والملك معًا.

ونقل أبو طالب عن أحمد أنَّه قال: بيع الأب وشراؤه على ابنه جائز؛ لقول النَّبيِّ ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»(٢)، وظاهر هذه الرواية[١] جواز الإقدام على التصرف في ماله ونفوذه وحصول التملك به.

وفي «التَّنبيه» لأبي بكر: بيع الأب على ابنه، وعتقه، وصدقته، ووطء إمائه ولم(٣) يكن الابن قد وطئ؛ جائز[٢]، ويجوز له بيع عبيده وإمائه وعتقهم.

ولهذا القول مأخذان أيضًا:

أحدهما: أنَّ الملك يقترن بالتَّصرُّف، فينفذ كما في نظائره.

والثَّاني: أنَّ هذا تملُّك قهريٌّ في مال معين؛ فيكتفى فيه بالقول الدَّالِّ على التملك، كما تُملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية،

[١] كتب على هامش (ن): (أي: رواية أبي طالب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: جميع ما ذكر).

(١) في (ب): وصحَّ.

(٢) روي من حديث جماعة من الصحابة: الأول: حديث جابر: رواه ابن ماجه (٢٢٩١). الثاني: حديث عائشة: رواه ابن حبان (٤١٠). الثالث: حديث سمرة: رواه البزار (٤٥٩٣)، والطبراني في الأوسط (٧٠٨٨). الرابع: حديث عمر: رواه البزار (٢٩٥). الخامس: حديث ابن مسعود: رواه الطبراني (١٠٠١٩). السادس: حديث ابن عمر: رواه أبو يعلى (٥٧٣١).

(٣) في (أ) و(و): لم. وفي (د) و(ن): ما لم.

ولهذا حكى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة والجارية في الأرض المملوكة قبل حيازتها روايتين، ولم يذكروا خلافًا في أنَّها غير مملوكة، وممَّن سلك هذا المسلك صاحب «المقنع» في كتاب البيع(١)، وصاحب «المحرر».

ووجه صحة البيع على هذا: أنَّه مقدور على تسليمه، وليس ملكًا لغيره[١]؛ فهو كالمملوك له، وهو قريب من بيع الصِّكاك قبل استحقاقها، وقد تقدم الخلاف فيها(٢).

وأمَّا تصرُّف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض:

فإن أحبلها؛ صارت أم ولد له.

وإن لم يحبلها، فإن قلنا: لا يملك الأب مال ولده إلَّا بالقبض؛ لم يملكها حتَّى يقبضها، وإن قلنا: يُملك(٣) بمجرد التَّصرُّف؛ صارت ملكًا له بالوطء بمجرَّده.

ونقلت من خطِّ القاضي - وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا -: قال الشَّيخ - يعني: أبا بكر عبد العزيز -: روى الأثرم أن المرأة إذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثمَّ تزوجت، فإن أتت بولد لستَّة أشهر، فتداعياه جميعًا: أُرِيَ القافةَ.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: "وليس ملكًا لغيره"، يصلح أن يكون فارقًا بين تصرُّف الأب في ملك ابنه، وبين بيع المباحات المذكورة).

---

(١) قوله: (في كتاب البيع) سقط من (أ).
(٢) ينظر (١/ ٣٦٩).
(٣) في (ب): يملكه.

وقال: إذا وطئ الرَّجل جارية ابنه وإن كان الابن قد وطئ؛ فلا حد على الأب؛ لأنَّها بنفس الوطء ملك له.

قال الشَّيخ(١): في نفسي من مسألة الأثرم شيء، انتهى.

فإن كان قوله: (إذا وطئ الرَّجل جارية ابنه) إلى آخره من تمام رواية الأثرم؛ فيكون ذلك منصوصًا عن أحمد، وإلَّا فهو من كلام أبي بكر، وهو موافق لما ذكره في «التنبيه» كما حكيناه عنه.

وقوله: (وإن كان الابن قد وطئ)؛ يريد أنَّ تملُّكها يثبت(٢) مع وطء الابن[١].

فأمَّا ثبوت(٣) الاستيلاد[٢]؛ ففيه خلاف في(٤) المذهب، ونقل ابن

[١] كتب على هامش (ن): (جوابٌ عن اعتراض يَرِد على المصنف في قوله: (وهو موافق لما ذكره في «التَّنبيه»)، فإنَّ الَّذي فيه: تقييد جواز وطء الأب جارية الابن إذا لم يكن الابن قد وطئ، وقال هنا: وإن كان الأب قد وطئ، فكيف يكون موافقًا لما في «التَّنبيه»؟ فأجاب: بأنَّ المراد أنَّ تملُّكها يثبت للأب مع وطء الابن، لا أنَّ ثبوت الاستيلاد يثبت له مع وطئه على الصَّحيح).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: للأب بعد وطء الابن، والمذهب: أنَّه لا يثبت له بعد وطء الابن).

(١) في هامش (ب): (تقي الدين). وهو خطأ، بل المراد بالشيخ هنا: أبو بكر عبد العزيز كما سبق.

(٢) في (أ): ثبت. وفي (هـ): ثابت.

(٣) في (أ): وأمَّا موت.

(٤) في (أ): على.

منصور عن أحمد كلامًا يدلُّ بمفهومه على أنَّها لا تصير مستولدة له(١)، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى.

والمرجَّح عند صاحب «المغني»: أنَّها تصير مستولدة؛ لأنَّ التَّحريم لا ينافي الاستيلاد؛ كالأمة المشتركة، ولكن بينهما فرق، وهو أنَّ هذه محرَّمة[١] على التَّأبيد، بخلاف المشتركة.

وقد نصَّ أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوَّجة[٢]؛ وإن كان زوجها صغيرًا لا يولد لمثله[٣]، في رواية حرب وابن بختان، وذكره أبو بكر وابن أبي موسى؛ فالمؤبَّدة التحريم(٢) أولى.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: على الأب بوطء الابن).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: إذا وطئها السَّيِّد في حال التَّزويج، وأتت منه بولد؛ فإنَّ نسبه لا يلحق به وإن كانت ملكًا له؛ لأنَّها محرَّمة عليه حال الوطء وإن لم يكن تحريمًا مؤبَّدًا).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: فإنَّه إذا كان لا يولد لمثله، يتحقَّق أنَّه ليس منه، فلا يلحق به، ومع ذلك لا يلحقه بالواطئ فيضيع نسبه، بخلاف ما إذا كان الزَّوج يُولد لمثله، فإنَّه يحتمل أن يكون منه وأن يكون من الواطئ).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٤/ ١٧٢٥): (قلت: قال سفيان في رجل وقع على جارية ابنه: إن حبلت كانت أم ولد، وإن لم تحبل إن شاء الابن باعها. قال أحمد: إذا كان الأب قابضًا للجارية، ولم يكن الابن وطئها فأحبلها الأب؛ فالولد ولده، والجارية له، وليس للابن منها شيء).

قال في المغني (١٠/ ٤٧٥) بعد ذكره لهذه الرواية: (قال القاضي: فظاهر هذا، أن الابن إن كان قد وطئها، لم تصر أم ولد للأب باستيلادها).

(٢) في (أ): للتحريم.

هذا كلُّه ما لم يكن الابن قد استولدها، فإن كان استولدها؛ لم ينتقل الملك فيها باستيلاد غيره؛ كما لا ينتقل بالعقود[١].

وذكر ابن عقيل في «فنونه»: أنها تصير مستولدة لهما جميعًا، كما لو وطئ الشَّريكان أمتهما (١) في طهر واحد، وأتت بولد وألحقته القافة بهما.

ولكن في مسألة القافة حُكِم باستيلادها لهما دفعة واحدة، وفي مسألتنا قد ثبت استيلاد الابن أوَّلًا لها، فلا ينتقل إلى غيره، إلَّا أن يقال: أمُّ الولد تملك بالقهر[٢] على رواية، والاستيلاد سبب قهريٌّ.

ومنها: تصرُّف السَّيِّد في مال عبده الَّذي ملَّكه إيَّاه وقلنا: يملكه(٢)، ظاهر كلام أحمد: أنَّه ينفذ، ويكون استرجاعًا؛ لتضمُّنه إيَّاه.

وذكر القاضي في «الجامع»: أنَّه يحتمل حمله على أنَّه سبق رجوعُه التَّصرفَ؛ لينفذ.

ومنها: تصرُّف الموصى له بالوصية(٣) بعد الموت؛ هل يقوم مقام القبول؟

---

[١] كتب على هامش (ن): (كالبيع والهبة).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: استيلاء الكفَّار عليها بالغلبة، وفي ملكها لهم بذلك روايتان، والصَّحيح: أنَّهم يملكونها به).

---

(١) في (أ): (وطئاها) بدل قوله: (وطئ الشَّريكان أمتهما)، وفي (هـ): وطئها المشتركان أمتهما.

(٢) قوله: (وقلنا يملكه) سقط من (أ).

(٣) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): في الوصيَّة.

الأظهر: قيامه مقامه؛ لأنَّ سبب الملك[١] قد استقرَّ له استقرارًا لا يمكن إبطاله، وقد ملك بالموت على أحد الوجوه، وهو منصوص عن أحمد.

ومثله: الوقف على معيَّن إذا قيل باشتراط قبوله[٢].

فأمَّا العقود الَّتي تُملِّك موجِبَها الرُّجوعَ فيها قبل القبول[٣]؛ فهل يقوم التَّصرُّف[٤] فيها مقام القبول؟ فيه تردُّد يلتفت إلى انعقاد العقود بالمعاطاة(١).

فأمَّا الوكالة؛ فيصحُّ قبولها بالفعل، صرَّح به الأصحاب؛ لأنَّها إذن مجرَّد وأمر بالتَّصرُّف، فيصح امتثاله بالفعل، وهل يساويها في ذلك سائر العقود الجائزة؛ كالشَّركة والمضاربة والمساقاة؟

ظاهر كلام صاحب «التلخيص» أو صريحه: المساواة[٥].

وحكى القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة» في صحَّة قبول القاضي القضاء بشروعه في النَّظر: احتمالين، وجعل مأخذهما: هل يجري

---

[١] كتب في هامش (ن): (وهو موت الموصي).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: فيقوم تصرُّفه مقام قبوله).

[٣] كتب على هامش (ن): (كالهبة).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: من القابل؛ كالموهوب له).

[٥] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) قوله: (يلتفت إلى انعقاد العقود بالمعاطاة) سقط من (أ).

الفعل مَجرى النُّطق؛ لدلالته عليه؟

ويحسن بناؤهما على أن ولاية القضاء عقد جائز[١] أو لازم؟

ومنها: المطلقة الرَّجعية؛ هل تحصل رجعتها بالوطء؟ على روايتين، مأخذهما عند أبي الخطاب: الخلاف في وطئها؛ هل هو محرَّم أو مباح؟

والصَّحيح: بناؤه على اعتبار الإشهاد للرَّجعة وعدمه، وهو البناء المنصوص عن الإمام، ولا عبرة بحلِّ الوطء ولا عدمه، فلو وطئها في حيض أو غيره؛ كانت رجعة(١).

وهل يشترط أن ينوي بالوطء الرَّجعة أم لا؟

نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره، وهو اختيار ابن أبي موسى.

والمذهب عند القاضي ومن اتَّبعه: خلاف ذلك.

ولكنَّ الرَّجعيَّة لم يَزُل النِّكاح عنها بالكليَّة[٢]، وإنَّما حصل له تشعُّثٌ، لكنَّ الرَّجعة يترتَّب عليها الاستباحة حقيقة في المدَّة الزَّائدة على مدَّة العدَّة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (وحينئذ؛ فتخرج المسألة عن كونها من جزئيات القاعدة).

---

(١) في (أ) و(د) و(هـ): رجعية.

قاعدة [٥٦]

شروط العقود، من[١] أهليَّة العاقد والمعقود له أو عليه، إذا وجدت مقترنة بها ولم تتقدَّم عليها؛ هل يكتفى بها[٢] في صحَّتها، أم لا بدَّ من سبقها؟

المنصوص عن أحمد: الاكتفاء بالمقارنة في الصِّحَّة.

وفيه[٣] وجه آخر: لا بدَّ من السبق، وهو اختيار ابن حامد والقاضي في الجملة.

ويتخرَّج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدَّة منها في القاعدة السَّابقة.

ومنها: إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها؛ فالمنصوص الصِّحَّة؛ اكتفاء باقتران شرط النِّكاح - وهو الحريَّة - به(١) كما دلَّت عليه السُّنَّة الصَّحيحة(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (للبيان).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: غير متقدِّمة، بل مقارنة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: فيما ذكره).

---

(١) قوله: (به) سقط من (أ) و(و).

(٢) يشير إلى حديث أنس بن مالك رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها» أخرجه البخاري (٥٠٨٦)، ومسلم (١٣٦٥).

واختار ابن حامد والقاضي: عدم الصِّحَّة؛ فمنهم من مأخذه انتفاء لفظ النِّكاح الصَّريح، وهو ابن حامد، ومنهم من مأخذه انتفاء تقدُّم الشرط.

ومنها: لو باعه شيئًا بشرط أن يرهنه على ثمنه؛ صحَّ، نص عليه(١).

وقال ابن حامد والقاضي: لا يصح؛ لانتفاء سبق الملك للرهن، ولا تكفي المقارنة[١].

ومنها: لو كاتب عبده وباعه شيئًا صفقة واحدة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّه يصحُّ[٢]، وقيل: إنه المنصوص، وذكره القاضي وابن عقيل في «النكاح»، وأبو الخطاب والأكثرون؛ اكتفاء باقتران البيع وشرطه، وهو كون المشتري مكاتبًا تصحُّ معاملته للسَّيِّد.

والوجه الثَّاني: لا يصح[٣]، قاله القاضي وابن عقيل في البيوع؛ لأنَّ الكتابة لم تسبق عقد البيع.

ومنها: لو ادَّعى أنَّه وكيل لزيد، وأن لزيد على فلان ألفًا، وأقام البينة بالوكالة والدَّين في حالة واحدة، فهل يقبل ويدفع إليه المال، أم

---

[١] كتب على هامش (ن): (قياسًا على ما تقدَّم من اشتراط السَّبق في الأهلية).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: البيع).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: لا يصحُّ البيع، وهو المذهب).

---

(١) قال في المغني (٤/ ٢٨٥): (وروي عن أحمد، أنه قال: إذا حبس المبيع ببقية الثمن، فهو غاصب، ولا يكون رهنًا إلا أن يكون شرطًا عليه في نفس البيع. وهذا يدل على صحة الشرط؛ لأنه يجوز بيعه، فجاز رهنه).

لا بدَّ من تقدُّم ثبوت الوكالة على ثبوت الدَّين؟

قال القاضي في «خلافه»: يحتمل وجهين، والأشبه اعتبار تقدُّم الوكالة؛ لأنَّه ما لم يثبت وكالته[(١)] لم يجب الدَّفع إليه.

واستشهد للقبول: بما لو شهدا أنَّه ابتاع من فلان دارًا وهو مالك لها، فإنَّه يصحُّ شهادتهما بالبيع والملك في حالة واحدة.

ومنها: لو قال: إذا تزوَّجت فلانة، فقد وكَّلتك في طلاقها؛ ففي «التلخيص»: قياس المذهب صحَّتُه.

ويتخرَّج وجه آخر: أنَّه لا يصحُّ؛ لاقتران الوكالة وشروطها[(٢)]؛ إذ شرطها أن يكون الموكِّل مالكًا لما وكِّل فيه، وملك الطَّلاق يترتَّب على النِّكاح، فيقارن الوكالة.

ومنها: لو وجدت الكفاءة في النِّكاح حال العقد، بأن يقول سيِّد العبد بعد إيجاب النِّكاح له: قبلت له النكاح وأعتقته؛ فقال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب الصِّحَّة، قال[(٣)]: ويتخرَّج فيه وجه آخر بمنعها[(٤)].

فأمَّا اقتران الحكم مع شرطه في غير عقد؛ هل يثبت به الحكم أم لا؟ يتخرَّج عليه مسائل:

منها: صحة الوصية لمن يثبت أهلية ملكه بالموت؛ كأمِّ ولده

(١) في (أ) و(ن): وكالة.
(٢) في (ب): لا يصح اقتران الوكالة وشرطها.
(٣) في (ب) و(د) و(و): وقال.
(٤) الاختيارات ص ٣٠٢.

ومدبَّره، فإنَّ السَّبب المستحَقَّ به هو الإيصاء، وشرط الاستحقاق هو الموت، وعليه يترتَّب الاستحقاق[١]، وقد اقترن به وجود أهلية المستحِقِّ؛ فيكفي في ثبوت الملك.

هذا إذا قلنا: إنَّ الوصية تملك بالموت من غير قبول.

وإن قلنا: تتوقَّف(١) على القبول - وهو المشهور -؛ فإنَّ القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق، فيصح القبول حينئذ، ولا يضر فوات أهليته عند الموت، فإنَّه لو قال: أَعتقوا عنِّي عبدًا وأعطوه كذا؛ لصحَّت هذه الوصيَّة.

ومنها: إذا وجدت الحريَّة عقب موت الموروث أو معه، كما لو قال لعبده: إن مات أبوك فأنت حرٌّ، وكان أبوه حرًّا فمات، أو دبَّر ابن عمه ثمَّ مات؛ فإنَّه لا يرث، ذكره القاضي وصاحب «المغني»، وعلَّله: بأنَّ المانع[٢] لا يؤثِّر زواله حال الاستحقاق، كما لا يؤثِّر وجوده[٣] عندنا في إسلام الطفل بموت أبويه.

وقال الشيخ تقي الدين: ينبغي أن يخرَّج على الوجهين فيما إذا

[١] كتب على هامش (ن): (فالاستحقاق هو المراد بالحكم، وأهليَّة المستحق - وهي كونه حرًّا - هو الشَّرط).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو الرِّقُّ).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: وجود المانع، وهو الإسلام في مسألة الطِّفل، فإنَّه مانع من الإرث، لكن وجوده مقارن للاستحقاق؛ أي: استحقاق الإرث، فلا يؤثِّر في المنع منه، بل يرث مع الحكم بإسلامه).

(١) في (ب): يتوقَّف.

حدثت الأهلية مع الحكم[١]، هل يكتفى بها، أم يشترط تقدُّمها؟ فإن قلنا: تكفي المقارنة؛ ورث؛ لأنَّه صار حرًّا ومالكًا في زمن واحد(١)، انتهى.

ولا يقال: هذا يفضي إلى اقتران العلَّة ومعلولها، وهو عندكم باطل؛ لأنَّا نقول: علَّة الإرث وسببه هو النَّسب، وهو سابق على الموت، وإنَّما الحريَّة شرط له.

ومنها: عدَّة أم الولد إذا توفِّي سيِّدها[٢]؛ هل هي عدَّة حرة أو أمة؟

وأكثر الروايات عن أحمد: أنها تعتد عدَّة أمة، وقال: لو اعتدت عدة حرة؛ لورثت(٢)[٣]، ثمَّ توقَّف(٣) في ذلك، وقال(٤): دخلني منه شيء(٥).

---

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: كما إذا كاتب عبده وباعه شيئًا صفقة واحدة.

[٢] كتب على هامش (ن): (في تسمية أم الولد معتدَّة من سيِّدها نظر).

[٣] كتب على هامش (ن): (إنَّما انتفى التَّوارث لانتفاء سببه، وهو النِّكاح والنسب والولاء).

---

(١) الاختيارات ص ٢٨٣.

(٢) قال صالح في مسائله (٤٣٩): (وسألته عن عدة أم الولد، قال: حيضة، يذهب إلى أنها أمة، قال: لو كان عدتها أربعة أشهر وعشرًا ورثت).

(٣) في (ب): ثَمَّ توقيف.

(٤) في (أ): فقال.

(٥) جاء في مسائل أبي داود (ص ٢٥٤): (سمعت أحمد، وسئل عن عدة أم الولد، قال: عن ابن عمر: "حيضة"، وأَجْبُن أن أقول فيه).

وقال مرَّة: تعتدُّ عدَّة حرَّة[(١)]؛ اكتفاء بالحرِّيَّة المقارنة لوجوب العدة، ولزوم مقارنة العلة للمعلول هنا أظهر، ولا يلزم؛ لأنَّ سبب العدَّة هنا[(٢)] الاستفراش السَّابق والموت شرطها، والحريَّة شرط للعدة بالشهور، ومن ههنا لم يلزم التَّوريث؛ لأنَّ سببه منتفٍ بالكليَّة، وهو النكاح والنسب والولاء.

(١) جاء في الروايتين والوجهين (٢/٢٢٨): (مسألة: في أم الولد إذا مات عنها سيدها ففيها روايتان: إحداهما: تعتد أربعة أشهر وعشرًا، نقلها محمد بن العباس، وأومأ إلى ذلك في رواية أحمد بن القاسم فقال: كنت أقول: حيضة، ثم دخلني منه شك).

(٢) قوله: (هنا) سقط من (ب).

قاعدة [٥٧]

إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه[١]؛ فهل يثبت الحكم أم لا؟

المذهب المشهور: أنَّه لا يثبت.

وقال ابن حامد: يثبت.

وإن تقارن الحكم ووجود المانع منه؛ فهل يثبت الحكم معه؟ فيه وجهان:

واختيار القاضي في «المجرد»، وابن عقيل في «الفصول»، وصاحب «المغني»: أنَّه لا يثبت.

واختار القاضي في «خلافه»، وفي «الجامع الكبير»: أنَّه يثبت، وكذلك ابن عقيل في «عمد الأدلَّة» وأبو الخطَّاب.

فأمَّا اقتران الحكم والمنع منه؛ فيندرج تحته مسائل:

منها: لو قال الزَّوج لامرأته: أنت طالق مع انقضاء عدَّتك، أو

---

[١] كتب على هامش (ن): (المنع أثر المانع؛ كالبينونة المترتبة على الموت، فالمانع من وقوع الطَّلاق هو الموت، والمنع هو البينونة، ووقوع الطَّلاق المرتَّب على الولادة مقارن للبينونة الَّتي هي أثر الولادة الَّتي تنقضي بها العدَّة، ويتَّضح ذلك من كلام المصنِّف في مسألة عتق الأمة وزوجها معًا، كما يأتي قُبيل ذكر المسألتين المشكلتين).

قال: كلَّما ولدت ولدًا فأنت طالق، فولدت ولدين متعاقبين[١]؛ فإنها تطلق بالأول، وتنقضي العدة بالثاني ولا تطلق به، كما لا تطلق في قوله: مع انقضاء عدَّتك، هذا المذهب المشهور، وعليه أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه، والخلاف فيه مع ابن حامد وحده.

وفي «الفصول» يشير إلى أنَّ مأخذ ابن حامد في مسألة الولادة: القول بتقارن العلَّة ومعلولها؛ فيقع الطَّلاق في حال الولادة قبل البينونة.

ولا يصحُّ[٢]؛ لأنَّ البينونة معلول للولادة، فلو اقترنت العلَّة ومعلولها؛ لبانت مع الولادة أيضًا[٣].

ومنها: لو قال: أنت طالق بعد موتي[٤]؛ لم تطلق بغير خلاف نعلمه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: وضعت ولدين متعاقبين من حمل واحد؛ لا رجعة بينهما).

[٢] كتب على هامش (ن): (القول بتقارن العلَّة ومعلولها المترتِّب على وقوع الطَّلاق حال الولادة قبل البينونة).

[٣] كتب على هامش (ن): (قال في «الرِّعاية»: يسنُّ أن يغتسل الصَّبي إذا بلغ بالسنِّ أو الإنبات، ويجب بالإنزال، فقد يقال: وجوبه عليه بالإنزال من هذه القاعدة؛ لأنَّ الإنزال سبب البلوغ، والوجوب مترتِّب على البلوغ، فالحكم هو وجوب الغسل، وعدم البلوغ مانع منه، والإنزال به ينتفي عدم البلوغ، وبه يجب الغسل، فيكون الوجوب مترتِّبًا على انتفاء عدم الوجوب، وعدم الوجوب مترتِّب على الإنزال، فكيف يكون الإنزال رافعًا للمانع وموجبًا لترتُّب الحكم في دفعة واحدة؟! فيلزم منه اقتران الحكم والمانع).

[٤] كتب على هامش (ن): (هذه الصُّورة من صور اقتران الحكم مع المنع، و: =

ولو قال: مع موتي أو موتك؛ لم تطلق[١]، نصَّ عليه في رواية مهنَّى(١)؛ لأنَّ الموت سبب البينونة؛ فلا يجامعها[٢] الطَّلاق.

ويلزم على قول ابن حامد: الوقوع ههنا؛ لأنَّه إذا أوقع الطَّلاق مع الحكم بالبينونة[٣]؛ فإيقاعه مع سبب الحكم أولى.

ويلزم مثل ذلك القاضي ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانفساخ[٤]؛ لتأخُّر الانفساخ عنه، ولم يلتزموا[٥] ذلك، وادَّعوا ههنا المقارنة[٦] دون السَّبق.

= «أنت طالق مع موتي» أو: «مع موتك»؛ من صور اقتران الحكم والمانع).

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (لم يجامعها، إنَّما جامع سببها، وهو الموت، فهو متقدِّم عليها)، وكتب آخر على ذلك: (أي: على البينونة).

[٣] كتب في هامش (و): (يعني: في مسألة الولادة)، وكتب على هامش (ن): (أي: في مسألة: "كلَّما ولدتِ ولدًا؛ فأنت طالق").

[٤] كتب على هامش (ن): (كموت والده). وكتب على هامش (ن) أيضًا: (وذلك في مسألة المتزوِّج بأمة والده إذا قال لها: «إذا مات أبي؛ فأنت طالق»، وسيأتي في تمام القاعدة).

[٥] كتب على هامش (ن): (القاضي ومن تابعه).

[٦] كتب على هامش (ن): (أي: مقارنة الوقوع للانفساخ).

(١) ينظر: المغني (٧/ ٥١٢). وكتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

ولا يصحُّ[١]، ولعلَّ المانع من إيقاع الطَّلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه[٢]، بخلاف إيقاعه مع البينونة في الحياة؛ فإنَّه يفيد التَّحريم أو نقص(١) العدد.

ومنها: لو قال زوج الأمة لها: إن ملكتك فأنت طالق، ثمَّ ملكها؛ لم تطلق، قال الأصحاب: وجهًا واحدًا.

ولا يصحُّ؛ لأنَّ ابن حامد يلزمه القول ههنا بالوقوع؛ لاقترانه بالانفساخ.

ومنها: لو أُعتِق الزَّوجان معًا، وقلنا: لا خيار للمعتَقة تحت الحرِّ[٣]؛ فهل يثبت لها الخيار ههنا؟ على روايتين[٤] منصوصتين عن أحمد، وقد اقترن هنا المقتضي[٥]، وهو حريَّتها، والمانع وهو حريَّته،

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: «دون السَّبق»؛ أي: دون سبق الوقوع للانفساخ، «ولا يصحُّ»؛ أي: دعواهم؛ لأنَّ الانفساخ مترتِّب على الموت، فيقع بعده، والطَّلاق مقارن له، فهو مثل مسألة زوج أمة أبيه).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لو فرض وقوعه لم يقطع التَّوارث؛ للتهمة إذا قال: «مع موتي»، أمَّا إذا قال: «مع موتك»؛ ففيه فائدة، وهي عدم إرثه منها).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: لا يثبت).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: لفسخها النِّكاح).

(١) في (ب): بعض.

فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه[١].

فإن قيل: يُشكل على ما ذكرتموه مسألتان منصوصتان عن الإمام أحمد(١):

إحداهما: إذا قال لعبده: إن بعتك فأنت حرٌّ، ثمَّ باعه؛ فإنه يَعتق على البائع من ماله، نصَّ عليه أحمد[٢] في رواية جماعة(٢)، ولم ينقل عنه في ذلك خلاف؛ فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المنع(٣) منه، وهو انتقال الملك[٣].

وهذا يلزم منه صحَّة قول ابن حامد وطرده في إثبات الأحكام مع مقارنة المنع منها؛ مثل أن يقول لغير مدخول بها: إن طلَّقتك فأنت طالق، ثمَّ طلَّقها(٤)؛ فينبغي أن تطلق طلقتين[٤]، وكذلك إذا قال: إن

[١] كتب على هامش (ن): (وهو عدم الفسخ المترتِّب على حريَّته الَّتي هي المانع).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (عن البائع بالبيع).

[٤] كتب على هامش (ن): (والمذهب: أنَّها تطلق واحدة).

(١) قوله: (أحمد) سقط من (أ) و(ج) و(هـ) و(و) و(ن).

(٢) جاء في مسائل صالح (٢/ ٤٥٠): (قلت: إذا قال أنت حر إن بعتك، وقال الآخر: إن اشتريته فهو حر، فقال: قال بعض الناس: يعتق من مال المشتري)، وينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ٦١).

(٣) في (أ) و(هـ): المانع.

(٤) في (ب) و(د) و(و) و(ن): يطلِّقها.

فسخت نكاحك لعيب أو نحوه فأنت طالق[١]، وكذلك لو قال: إن خالعتك؛ فأنت طالق[٢].

والمسألة الثَّانية: إذا مات الذِّميُّ وله أطفال صغار؛ حُكم بإسلام الولد وورث منه، نصَّ عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك(١)، حتَّى إنَّ من الأصحاب من أنكر القول بعدم توريثه، وقال: هو خلاف الإجماع، ويلزم من توريثه إثبات الحكم[٣] المقترن بمانعه[٤]، وهذا لا محيد عنه.

والجواب:

أمَّا على قول ابن حامد؛ فهذا متجه لا بُعد فيه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (تطلق على الصَّحيح).

[٢] كتب على هامش (ن): (والصَّحيح: أنَّه لا تطلق).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو الميراث).

[٤] كتب على هامش (ن): (وهو اختلاف الدِّين).

---

(١) قال في الروايتين والوجهين (٢/ ٣٧٠): (إذا مات الأبوان أو أحدهما هل يحكم بإسلام الطفل أم لا؟ فقال أبو بكر في كتاب الشافعي: روى سبعة عن أبي عبد الله منهم حنبل: إذا مات أحد أبويه هو مسلم ما لم يبلغ، وخالفهم إسحاق بن منصور فقال: إذا مات أحد أبويه فهو على دين الآخر، قال: وبالأول أقول).
ثم قال: (فصل: وإذا حكمنا بإسلامه بموت أحدهما فهل يرث من حكمنا بإسلامه بموته؟ نقل أبو طالب في يهودي مات أبواه وهو صغير: فهو مسلم ويرثهما، ونقل محمد بن يحيى الكحال وجعفر بن محمد في يهودي مات وله زوجة حامل فأسلمت بعده: فما في بطنها مسلم ولا يرث أباه، فظاهر هذا أنه لا يرث؛ لأن الموت يوجب أن يرث مسلم من كافر، وهذا لا يجوز).

وأمَّا على قول جمهور الأصحاب: فقد اختلفوا في تخريج كلام الإمام أحمد في مسألة العتق على طرق:

أحدها: أنَّه مبنيٌّ على قوله: بأنَّ الملك لم ينتقل عن البائع في مدَّة الخيار.

فأمَّا على قوله بالانتقال، وهو الصَّحيح: فلا يَعتق، وهذه طريقة أبي الخطاب في «انتصاره»، وفيها ضعف؛ فإنَّ نصوص أحمد بالعتق هنا متكاثرة، ورواية بقاء الملك للبائع ربَّما لم تكن صريحة عن أحمد بل مستنبطة من كلامه، وإنَّما المنقول الصَّريح عنه انتقال الملك.

والطَّريق الثَّاني: أنَّ عتقه على البائع؛ لثبوت الخيار له، فلم تنقطع علقه عن المبيع بعدُ، وهي طريقة القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب.

وأُورد عليهم: أنَّ تصرُّف البائع بالعتق في مدَّة الخيار لا ينفذ على المنصوص.

فأجابوا: بأنَّ(١) هذا العتق أنشأه[١] في ملكه، فلذلك نفذ في مدَّة الخيار بعد زوال ملكه؛ لأنَّ أحمد شبهه بنفوذ الوصية بعد الموت، وقال في رواية ابن ماهان: يَعتق من مال البائع، قيل: لأنَّه حَلَف على ملكه؟(٢)؛ قال: نعم(٣).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: أنشأ سببه).

---

(١) في (ب): أنَّ.

(٢) في (ب) و(د) و(و) و(ن): ملك.

(٣) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ٦١): (قال ابن هانئ: سألته عن الرجل يقول: إن =

والطَّريق الثَّالث: أنَّه يَعتق على البائع عقب(١) إيجابه وقبل قبول المشتري، وهي طريقة ابن أبي موسى، والسَّامريِّ، وصاحبي «المغني» و«التَّلخيص»؛ لأنَّه إنَّما علَّقه على بيعه، وبيعه الصَّادر عنه هو الإيجاب فقط، ولهذا يسمَّى بائعًا والقابل مشتريًا، ويقال: باع هذا، واشترى هذا، وإن كان العقد لا ينعقد إلَّا بقبول المشتري، لكنَّ القبول شرط محض لانعقاد البيع، وليس هو من ماهيَّته، فإذا وجد القبول تبيَّنَّا أنَّه عَتَق على البائع قبله في ملكه قبل الانتقال.

وفي هذه أيضًا نظر؛ فإنَّ أحمد نصَّ على نفوذه بعد زوال الملك، ولأنَّ البيع المطلق إنَّما يتناول المنعقد لا صورة البيع(٢) المجرَّدة.

والطَّريق(٣) الرَّابع: أنَّه يَعتق على البائع في حالة انتقال الملك إلى المشتري؛ حيث يترتب على الإيجاب والقبول انتقال الملك ونفوذ العتق[١]؛ فيتدافعان، وينفذ(٤) العتق؛ لقوَّته وسرايته دون انتقال الملك، وهي طريقة أبي الخطاب في «رؤوس المسائل»، ويشهد لها تشبيه أحمد

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: في حال واحدة).

= بعت غلامي فهو حر، فباعه؟ قال: يَعتق من مال البائع، كما أنه لو قال: لغلامي من مالي ألف درهم، إلى من يدفع الألف، أليس يرجع إلى المولى؟ فكذا أيضًا هو من مال البائع).

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): عقيب.

(٢) في (ب): المنع.

(٣) في (ب) و(ن): الطَّريق.

(٤) في (ب): فينفذ.

له(١) بالمدبَّر والوصيَّة.

ولا يقال في التَّدبير والوصيَّة: لا ينتقل إلى ملك الورثة؛ لتعلُّق حق غيرهم بها؛ لأنَّا نمنع ذلك على أحد الوجهين[١]، ونقول: بل ينتقل إليهم المال الموصى به، وهو ظاهر تعليل أحمد في هذه المسألة؛ فإنَّه قال في رواية الأثرم، وقد قيل له: كيف يعتق على البائع وإنَّما وجب العتق بعد البيع؟ فقال: لو وصَّى لرجل بمائة درهم ومات؛ يعطاها وإن كانت وجبت له بعد الموت ولا ملك؛ فهذا مثله، ونقل عنه صالح نحو هذا المعنى أيضًا(٢).

وعلى هذه الطَّريقة: فينفذ العتق مع قيام المانع له؛ لقوَّته وسرايته، ولا يلزم مثل ذلك في غيره من العقود.

والطَّريق الخامس: أنَّه يعتق بعد انعقاد البيع وصحَّته وانتقال الملك إلى المشتري، ثمَّ ينفسخ البيع بالعتق على البائع، وصرَّح بذلك القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «عُمَده»، وصاحب «المحرر»، وهو ظاهر كلام أحمد وتشبيهه بالوصيَّة[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] قال ابن نصر الله رحمه الله: لو قال أجنبيٌّ: إن ملكتُ عبد فلان؛ فهو حرٌّ، وقال سيِّده: إن بعته؛ فهو حرٌّ، فباعه من الأجنبيِّ، فعلى أيِّهما يَعتق؟ لم أجد =

---

(١) قوله: (له) سقط من (ب).

(٢) جاء في مسائل صالح (٢/ ٤٥٠): (قلت: إذا قال: أنت حر إن بعتك، وقال الآخر: إن اشتريته فهو حر، فقال: قال بعض الناس: يَعتق من مال المشتري).

ووجه ذلك: أنَّ العتاق لقوَّته ونفوذه وسرايته إلى ملك الغير ينفذ؛ وإن وجد أحد طرفيه في ملك والآخر في غير ملك، فإذا عقده في غير ملك مضافًا إلى وجود الملك؛ نفذ في المذهب الصَّحيح المشهور[١]، فكذا إذا عقده في ملك على نفوذه في غير الملك(١)؛ فإنَّه ينفذ.

ولهذا نقول على إحدى الرِّوايتين: لو قال: مملوكي فلان حرٌّ بعد موتي بسنة؛ لعَتَق كما قال، وإن كان ذلك بعد زوال ملكه وانتقاله عنه، ولا يقال: لا ينتقل ملكه مع قيام الوصيَّة؛ لأنَّ ذلك ممنوع على ظاهر

= فيها نقلًا، وتتوجَّه على هذه الطَّريقة الخامسة: أنَّه يعتق على المشتري؛ لأنَّ العتق على البائع يتوقَّف على تقدير الانفساخ بعد ثبوت الملك للمشتري، وعتق المشتري ينفذ عقب ثبوت ملكه، فيقترن العتق والانفساخ، والعتق أقوى من الانفساخ الَّذي هو سبب عتق البائع، فيكون عتق المشتري سابقًا لعتق البائع، فيعتق عليه، وأمَّا على الطَّريق الأوَّل والثَّالث والرَّابع؛ فيقتضي نفوذ عتق البائع خاصَّة، وعلى الطَّريق الثَّاني؛ يتَّجه أن يقال بالقرعة أو أنَّه يعتق عليهما؛ لتساويهما في ثبوت الخيار لهما في المجلس، ثمَّ وجدت المسألة في باب خيار المجلس والشَّرط من «الرِّعاية الكبرى» فجزم أوَّلًا بالعتق على البائع، ثمَّ قال: «وعنه: بل على المشتري»، ثمَّ ذكر لنفسه قولين مخرَّجين بالعتق على المشتري أيضًا.

[١] كتب على هامش (ن): (مثاله أن يقول: إن ملكت فلانًا فهو حرٌّ؛ فإنَّه يَعتق إذا ملكه).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): ملك.

كلام أحمد كما تقدَّم، ولا يلزم مثل هذا في غير العتق من العقود؛ لأنَّها لا تسري إلى ملك الغير، ولا عهد نفوذها في غير ملك بحال.

وخرَّج صاحب «المحرر» في «تعليقه على الهداية» وجهًا فيما إذا علَّق طلاقها على خلعها فخالعها: أنَّه يقع الطَّلاق المعلَّق كما يقع العتق بعد البيع اللَّازم.

فإن كان مراده: أنَّه يقع مع الخلع، فهي مسألة ابن حامد في الوقوع مع البينونة، وإن أراد بعده، فمُشكل، فإنَّ الطَّلاق لم يعهد عندنا وقوعه في غير ملك.

وسلك الشيخ تقي الدين طريقة أخرى، فقال: إن كان المعلِّق للعتق قصده اليمين دون التَّبرُّر بعتقه، أجزأه كفَّارة يمين؛ لأنَّه إذا باعه خرج عن ملكه، فبقي؛ كنذره أن يُعتق عبد غيره، فتجزئه الكفارة، وإن قصد به[1] التَّقرُّب؛ صار عتقه مستحَقًّا كالنَّذر، فلا يصح بيعه، ويكون العتق معلَّقًا على صورة البيع، كما لو قال لما لا يحلُّ بيعه: إذا بعته فعليَّ عتق رقبة، أو قال لأمِّ ولده: إن بعتك فأنت حرة.

وطَرَد قوله هذا في تعليق الطَّلاق على الفسخ والخلع، فجعله معلَّقًا على صورة الفسخ والخلع، قال: ولو قيل بانعقاد الفسخ والخلع المعلَّق عليه، فلا يمتنع وقوع الطَّلاق معه على رأي ابن حامد، حيث أوقعه مع البينونة بانقضاء العدَّة؛ فكذا بالفسخ، والله أعلم[2].

(١) قوله: (به) سقط من (أ).
(٢) ينظر: الاختيارات (ص ١٨٥).

وأمَّا مسألة الميراث؛ فلا ريب أنَّ أحمد نصَّ على توريث الطِّفل من أبيه الكافر، والحكم بإسلامه بموته، وخرَّجه من خرَّجه من الأصحاب؛ كصاحب «المغني»: على أنَّ المانع[١] لم يتقدَّم الحكم بالإرث، وإنَّما قارنه، وهذا يرجع إلى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع له؛ لأنَّ الإسلام سبب المنع، والمنع يترتَّب عليه، والحكم بالتَّوريث سابق على المنع؛ لاقترانه بسببه[٢].

وأمَّا اقتران الحكم والمانع(١)؛ فله صور:

منها: مسألة توريث الطِّفل المحكوم بإسلامه بموت أحد أبويه الكافرين منه، وقد ذكرت.

ومنها: إذا قتلت أمُّ الولد سيِّدَها؛ فإنَّه يلزمها أقلُّ الأمرين من قيمتها أو الدية، نص عليه.

قال الأصحاب: سواء قلنا: إن الدِّية تحدث على ملك الورثة ابتداء أو على ملك الموروث أولًا؛ لأنَّا إن قلنا: تحدث على ملك الورثة؛ فقد اقترن الضَّمان بالحرية، وإنَّما لم يجب هنا الضَّمان بالدِّية مطلقًا[٣]؛

[١] كتب على هامش (ن): (أي: من الإرث، وهو الإسلام).

[٢] كتب في هامش (و): (يعني: وهو المانع).

[٣] كتب على هامش (ن): (جوابٌ عن سؤال مقدَّر، وهو: أنَّه إذا اقترن الضَّمان بالحريَّة، فلأي شيء ما وجبت الدِّية دون أقل الأمرين).

(١) في (ب): المانع.

اكتفاء بمقارنة الشَّرط[١] للحكم[٢] على ما تقدَّم؛ لأنَّ الاعتبار هنا في الضمان بحالة الجناية[٣]، وهي حينئذ[٤] رقيقة، فلا يلزمها أكثر من ضمان جناية الرَّقيق[٥]، ولا يمنع ذلك مقارنة الحريَّة بحالة وجوب الضمان؛ بناء على أن المانع إذا اقترن(١) بالحكم لم يمنعه.

وإن قلنا: إن الدِّية تحدث على ملك المقتول أوَّلًا؛ فقد وجب له ذلك في آخر جزء من حياته، وهي إذ ذاك رقيقة؛ فسبق وقت وجوب الضمان وقت الحرية، وإنَّما[٦] وجب الضَّمان هنا للسَّيِّد، وإن كان السَّيِّد لا يجب له الضَّمان على رقيقه؛ لتعلُّق حقِّ ورثته بماله في هذه الحال؛ فصار كالواجب لهم ابتداء، ولهذا كانوا هم المطالِبين به(٢).

ومنها: إذا تزوَّج العادم للطَّول الخائف للعنت في عقدٍ حرَّة وأمة؛ فهل يصحُّ نكاح الأمة مع الحرَّة؟ على وجهين[٧].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو الحريَّة).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو وجوب الدِّية).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: لا بحال الوجوب).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: حين حال الجناية).

[٥] كتب على هامش (ن): (اعتبارًا بحال الجناية، وجناية الرَّقيق على العبد تضمن بأقل الأمرين).

[٦] كتب على هامش (ن): (جواب عن سؤال مقدَّر).

[٧] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: نعم).

---

(١) في (أ): اقترض.

(٢) قوله: (به) سقط من (أ).

ومنها: إذا قال المتزوِّج بأمة أبيه: إذا مات أبي فأنت طالق، ثم مات(١) الأب، فهل يقع الطَّلاق؟ على وجهين:

أحدهما: يقع[١]، وهو قول القاضي في «الجامع» و«الخلاف»، وابن عقيل في «العُمَد»، واختيار أبي الخطَّاب؛ لأنَّ الموت يترتب عليه وقوع الطلاق والملك، والملك سبب انفساخ النِّكاح، فقد سبق نفوذ الطَّلاق الفسخ، فنفذ.

والثَّاني: لا يقع، وهو قول القاضي في «المجرد»، وابن عقيل في «الفصول»؛ لأن الطلاق قارن المانع، وهو الملك، فلم ينفذ.

ومنها: إذا تزوَّج أمة، ثمَّ قال لها: إن اشتريتك؛ فأنت طالق، وفيه الوجهان إن قلنا: ينتقل الملك مع الخيار - وهو الصَّحيح -، وإن قلنا: لا ينتقل؛ وقع الطَّلاق وجهًا واحدًا، كذا ذكره أبو الخطَّاب.

وفي «خلاف» القاضي: إذا حلف لا يبيع، فباع بشرط الخيار؛ هل يحنث؟ إنَّ ذلك ينبني على نقل الملك وعدمه؛ فقياس قوله: أنَّه لا يقع الطَّلاق هنا في مدَّة الخيار إذا قلنا: لا ينتقل الملك فيها.

وأنكر ذلك الشَّيخ تقي(٢) الدين وقال: يحنث بكلِّ حال؛ لأنَّ البيع قد وجد.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (أ): فمات.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: مجد.

ومنها: إذا قال لامرأته الَّتي لم يدخل بها: إن كلَّمتك فأنت طالق، ثمَّ أعاده؛ فإنَّها تطلق بالإعادة؛ لأنَّها كلام في المشهور عند الأصحاب.

وقال ابن عقيل في «عُمَد الأدلة»: قياس المذهب عندي: أنَّه لا يحنث بهذا الكلام؛ لأنَّه من جنس اليمين الأولى ومؤكِّد لها، وإنَّما المقصود أذاها وهجرها وإضرارها بترك كلامها، وليس في هذه(١) الإعادة ما ينافي ذلك؛ فلا يحنث به. وهذا قويٌّ.

والتَّفريع على المشهور؛ فإذا وقع الطَّلاق بالإعادة ثانيًا؛ فهل ينعقد به يمين ثانية أم لا؟ في المسألة وجهان:

أحدهما: لا ينعقد[١]، وهو قول القاضي في «الجامع» و«الخلاف»(٢) ومن اتَّبعه؛ كالقاضي يعقوب(٣) وابن عقيل، وهو قياس قول صاحب «المغني»، وله مأخذان:

أحدهما: وهو مأخذ القاضي ومن اتَّبعه: أنَّ الكلام يحصل بالشُّروع في الإعادة قبل إتمامها؛ فيقع الطَّلاق قبل إنهاء الإعادة؛ فلا

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) قوله: (هذه) سقط من (أ).
(٢) في (ب) و(هـ) و(و): الخلاف والجامع.
(٣) هو القاضي أبو علي، يعقوب بن إبراهيم بن أحمد بن سطورا العكبري البرزبيني، شيخ الحنابلة، تفقه على القاضي أبي يعلى حتى برع في الفقه، ودرَّس في حياته، وله: التعليقة في الفقه، قال ابن رجب: (في عدة مجلدات، وهي مُلخصة من تعليقة شيخه القاضي). ينظر: سير أعلام النبلاء ١٩/ ٩٣، ذيل الطبقات ١/ ١٦٨.

ينعقد؛ لأنَّ تمام اليمين حصل بعد البينونة.

والثَّاني: وهو الَّذي ذكره صاحب «المغني» في نظير هذه المسألة: أنَّ الطَّلاق وإن وقف وقوعه إلى ما بعد إنهاء الإعادة، إلَّا أنَّ الإعادة يترتَّب عليها البينونة، فيقع انعقاد اليمين مع البينونة[١]، فيخرَّج على الخلاف في ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه، والأصحُّ عنده[٢] عدمه[٣].

والوجه الثَّاني: تنعقد اليمين، وهو اختيار صاحب «المحرَّر»؛ بناء على أنَّ الطَّلاق يقف وقوعه على تمام الإعادة؛ لأنَّ الكلام المطلق إنَّما ينصرف إلى المفيد، ولا تحصل الإفادة بدون ذكر جملة الشَّرط والجزاء، فيقف الطَّلاق عليهما، ويقع عقيبهما؛ لأنَّهما شرط لوقوعه، وأمَّا اليمين؛ فوجدت مع شرط الطَّلاق، فسبقت وقوعه.

يوضحه: أنَّ اليمين هي اللَّفظ المجرَّد، وهو المعلَّق عليه الطَّلاق، فإذا قال: إن كلَّمتك فأنت طالق؛ فهو في معنى قوله: إن حلفت يمينًا بطلاقك على كلامك؛ فأنت طالق؛ فتبيَّن أنَّ وجود اليمين سابقة لوقوع الطَّلاق.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وعلى هذا الثَّاني: تكون هذه المسألة من فروع اقتران الحكم والمانع).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: عند صاحب «المغني»، كما تقدَّم في صدر القاعدة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: عدم ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه، فلا تعقد اليمين مع البينونة).

ومنها: إذا قال لامرأتيه - وإحداهما غير مدخول بها -: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، ثمَّ قاله ثانيًا[١]؛ فإنَّهما يطلقان طلقة طلقة على المذهب المشهور[٢]، وانعقدت اليمين مرَّة ثانية في حقِّ المدخول بها، وأمَّا في حقِّ الَّتي لم يدخل بها؛ ففي انعقادها وجهان:

أحدهما: أنَّها تنعقد[٣]، وهو قول أبي الخطاب، وصاحب «المحرَّر»، ومقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في المسألة الَّتي قبلها؛ لأنَّ اليمين سبقت البينونة، ووجدت مع شرط الطَّلاق لا مع وقوع الطَّلاق.

والثَّاني: لا ينعقد(١)، وهو اختيار صاحب «المغني»؛ غير أنَّه وقع في النُّسَخ خلل في تعليله، ووجهه: أنَّ اليمين وإن وجدت مع شرط الطَّلاق، لكن انعقادها مقارن لوقوع الطَّلاق، فلم ينعقد؛ لاقترانه بما يمنعه(٢)[٤].

فإن أعاده ثالثًا قبل أن يجدِّد نكاح البائن؛ لم(٣) تطلق واحدة منهما

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: ولم يقصد بإعادته الإفهام ولا التَّأكيد، بخلاف تعليقه على الكلام، فإنَّه لو أعاده قاصدًا إفهامها أو التَّأكيد؛ حنث).

[٢] كتب على هامش (ن): (قوله: «على المشهور» هذا يقتضي أنَّ في طلاق كلٍّ منهما طلقة خلافًا، ولم نقف على خلاف في ذلك).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٤] كتب على هامش (ن): (وعلى هذا؛ تصير المسألة من جزئيات القاعدة).

---

(١) في (ب): عقد.

(٢) في (ب): تنعقد.

(٣) في (أ): لا.

على الوجهين؛ لأنَّ الحلف بطلاق البائن لا يمكن.

فإن عاد وتزوَّج البائن، ثمَّ حلف بطلاقها وحدها:

فعلى الوجه الثَّاني: لا تطلق؛ لأنَّ اليمين الثَّانية لم ينعقد في حقِّها، وتطلُق الأخرى طلقة؛ لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثَّانية والحلف بطلاق الثَّانية بعد نكاحها، فكمل الشَّرط في حقِّ الأولى.

وعلى الوجه الأوَّل: تطلق كلُّ واحدة منهما طلقة طلقة؛ لأنَّ الصَّفة[١] الثَّانية منعقدة في حقِّهما جميعًا، كذا ذكره الأصحاب.

وأورد عليه: أنَّ طلاق كلِّ واحدة منهما معلَّق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى؛ فكلُّ واحد من الحلفين جزء علَّة لطلاق كلِّ واحدة منهما، فكما أنَّه لا بدَّ من الحلف بطلاقها في زمان يكون فيه أهلًا لوقوع الطَّلاق، كذلك الحلف بطلاق ضرَّتها؛ لأنَّه جزء علَّة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه؛ فكيف يقع بهذه الَّتي جدَّد نكاحها الطَّلاق، وإنَّما حلف بطلاق ضرَّتها وهي بائن؟!

وأجيب عنه: بأنَّ وجود الصِّفة كلِّها في النِّكاح لا حاجة إليه، ويكفي وجود آخرها فيه، ليقع الطَّلاق عقبه(١)[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهي قوله ثانيًا: «إن حلفتُ بطلاقكما؛ فأنتما طالقتان»).

[٢] كتب على هامش (ن): (وذكر شيخنا محبُّ الدِّين البغداديُّ: أنَّ مقتضى هذا أنَّه لو حلف فقال: إن أكلتِ هذا الرَّغيف فأنت طالق، ثمَّ أبانها، ثمَّ أكلت نصفه، ثمَّ أعادها، ثمَّ أكلت بقيَّة الرَّغيف؛ أنَّها تطلق).

---

(١) في (ب) و(د) و(و): عقيبه.

وذكر صاحب «المحرَّر» في «تعليقه على الهداية»: أنَّ هذا هو المذهب، سواء قلنا: يكفي في الحنث وجود بعض الصِّفة أوْ لَا، نعم؛ إن قلنا: يكفي وجود بعضها[١] وقد وجد حال البينونة؛ انبنى على الخلاف في حلِّ اليمين بالصِّفة الموجودة حال البينونة، انتهى(١).

وعندي: أنَّ هذا[٢] قد يتخرَّج على اختلاف المأخذين في أنَّ اليمين لا تنحلُّ بوجود الصِّفة حال البينونة.

فإن قلنا: إنَّها[٣] مستثناة من عموم كلامه[٤] بقرينة الحال؛ فوجود بعضها حال البينونة لا عبرة به أيضًا؛ كوجود جميعها.

وإن قلنا: إنَّ اليمين لا تنحلُّ بدون الحنث فيها[٥]؛ اكتُفِيَ بوجود آخرها في النِّكاح؛ لإمكان الحنث فيه.

على أن الاكتفاء بوجود بعض الصِّفة حال البينونة وبعضها في النِّكاح، مع قولنا: لا يكتفى بوجود بعض الصِّفة في الطَّلاق، وقولنا: إنَّ الصِّفة الموجودة حال البينونة لا تنحلُّ بها اليمين؛ لا يخلو من

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: في الحنث بوجوده).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: جواب الإيراد).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: المسألة المذكورة).

[٤] كتب على هامش (ن): (يحتمل عود الضَّمير إلى الحالف).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: أو البرِّ، فإنَّ من حلف ليفعلنَّ شيئًا، ثمَّ فعله؛ انحلَّت يمينه ولا حنث).

---

(١) قوله: (انتهى) سقط من (أ).

إشكال ونظر، والله أعلم.

ومنها: إذا اشترى مريض أباه بثمنٍ لا يملك غيره، وهو تسعة دنانير، وقيمة الأب ستَّة؛ فقد حصل منه عطيَّتان من عطايا المريض: محاباةُ البائع بثلث المال، وعتقُ الأب إذا قلنا: إنَّ عتقه من الثُّلث، وفيه وجهان:

أحدهما[١]: وهو قول القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في «الفصول»: يتحاصَّان[٢]؛ لأنَّ ملك المريض لأبيه مقارن لملك المشتري[٣] لثمنه، وفي كلٍّ منهما[٤] عطيَّة منجَّزة؛ فتحاصَّا[٥]؛ لتقارنهما[٦].

والثَّاني: أنَّه تنفذ المحاباة ولا يَعتق الأب، وهو اختيار صاحب «المحرَّر»؛ لأنَّ المحاباة سابقة لعتق الأب، فإن ملك المشتري[٧] للثَّمن

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: في ثلث المال، فيكون للبائع دينار ويعتق ثلثيه، ما يقابل دينارين من قيمته، وهو ثلثه، ويردُّ البائع دينارين، ويكون ثلث الأب ميراثًا مع الدِّينارين).

[٣] كتب على هامش (ن): (صوابه: البائع).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: الملكين).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: في الثُّلث).

[٦] كتب على هامش (ن): (أي: تقارن المحاباة وهي المانع، والحكم وهو عتق الأب أو ملك الابن له لا يستقرُّ عليه، بل ملكه له تقديري).

[٧] كتب على هامش (ن): (صوابه: البائع).

الَّذي وقعت المحاباة فيه؛ وقع مقارنًا لملك الأب، وعتقه ترتَّب على ملكه ولم يقارنه، فقد قارنت المحاباة شرط عتق الأب لا عتقه؛ فنفذت لسبقها.

ومنها: لو أصدقها مائة درهم، ثمَّ طلَّقها قبل الدُّخول على خمسين من المهر؛ فهل يستَحِقُّ جميع المهر أو ثلاثة أرباعه؟ على وجهين:

أحدهما[١]: يستحقُّه كلَّه؛ لأنَّه استحقَّ عوضًا عن الطَّلاق خمسين، ورجع إليه بالطَّلاق قبل الدُّخول النِّصف الباقي.

والثَّاني: يستحقُّ ثلاثة أرباعه؛ لأنَّ الطَّلاق يتنصَّف به المهر، فيصير مشاعًا بين الزَّوجين؛ فلا يستحقُّ من الخمسين المخالع بها إلَّا نصفها، فلا يسلَّم للزَّوج عوضًا عن طلاقه إلَّا نصف الخمسين، ويرجع إليه بالطَّلاق النصف.

ومن نصر الوجه الأوَّل؛ قال: تنصُّف المهر يترتَّب على الخلع لا يقارنه؛ فقد ملك الخمسين كلَّها قبل التَّنصُّف، لكنَّ ملكه لها قارن سبب التَّنصُّف وهو البينونة؛ فهذا مأخذ الوجهين.

وللمسألة مأخذ آخر على تقدير التَّنصُّف قبل الملك[٢]، وهو أن يخالعها بخمسين من المهر مع علمهما بأنَّ المهر يتنصَّف(١) بالمخالعة؛ هل يتنزَّل على خمسين مبهمة منه أو على الخمسين الَّتي يستقرُّ لها

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: ملك الخمسين).

(١) في (أ): تنصف.

بالطَّلاق[١]؟ وفي المسألة وجهان.

وعليهما تنزَّل(١) الوجهان فيما إذا باع أحد الشَّريكين نصف السِّلعة المشتركة؛ هل يُنزَّل البيع على نصفٍ مشاع وإنَّما له فيه نصفه وهو الرُّبع، أو على النِّصف الَّذي يخصه بملكه[٢]؟ وكذلك في الوصيَّة وغيرها[٣].

واختار القاضي: أنَّه يُنزَّل على النِّصف الَّذي يخصُّه كلِّه، بخلاف ما إذا قال له: أشركتك في نصفه، وهو لا يملك سوى النِّصف؛ فإنَّه يستحقُّ منه الرُّبع؛ لأنَّ الشركة تقتضي التَّساوي في الملكين، بخلاف البيع.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور: أنَّه لا يصحُّ بيع النِّصف حتَّى يقول: نصيبي؛ فإن أطلق؛ تنزَّل على الرُّبع(٢).

ومنها: إذا تزوَّج في مرض موته بمهر يزيد على مهر المثل؛ ففي

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فيستحقُّ جميع المهر على هذا، وعلى الإبهام: يستحقُّ ثلاثة أرباعه).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (كالوقف والرَّهن والهبة).

(١) في (ب) و(ج): ينزَّل.

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٤٣): (قلت: قال سفيان: إذا كانت دار بين اثنين، فقال أحدهما: أبيعك نصف هذه الدار؟ قال: لا يجوز، إنما له الربع من النصف، حتى يقول: نصيبي. قال أحمد: هو كما قال).

المحاباة روايتان:

إحداهما: أنَّها موقوفة على إجازة الورثة؛ لأنَّها عطيَّة لوارث[(١)].

والثَّانية: تنفذ من الثُّلث، نقلها المروذيُّ والأثرم وصالح وابن منصور والفضل بن زياد[(٢)].

فيحتمل أن يكون مأخذه: أنَّ الإرث المقارن للعطيَّة لا يمنع نفوذها.

ويحتمل أن يقال: إنَّ الزَّوجة ملكتها في حال ملك الزَّوج للبضع، وثبوت الإرث يترتَّب[(٣)] على ذلك.

وكذلك نصَّ في رواية أبي طالب فيمن أقرَّ لزوجته في مرضه بمهر يزيد على مهر المثل: أنَّ الزِّيادة تكون من الثُّلث، ووجَّهه القاضي بما ذكرنا من التَّرتيب؛ لأنَّ الإقرار تبيَّن به أنَّ الاستحقاق كان بالعقد.

وهذا كلُّه يرجع إلى أنَّ العطيَّة والوصية لمن يصير وارثًا تعتبر من الثُّلث، وهو خلاف المذهب المعروف.

---

(١) في (أ): الوارث.

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٤٣٢٦): (قلت: قال سفيان: إذا تزوج في مرضه لم يحسب من الثلث؟ قال: إذا كان تزويجه إياها على أكثر مما يتزوج مثلها، فهو من الثلث، وإذا كان على مهر مثلها لم يكن من الثلث).
وجاء في مسائل صالح: (ص ٢٧٨): (سألته عن رجل كانت له سُرِّيَّتان، فمرض حتى اشتد مرضه، وصار في حد ترك فيه الصلاة، فدعا قومًا فأشهدهم أنه أعتقهما وتزوجهما على مهر كذا وكذا، هل يجوز له ذلك؟ قال: إن كان تزويجه إياهما بمهر أكثر من مهر مثلهما فإن الزيادة تكون في ثلثه، وعتقهما من الثلث).

(٣) في (ب) و(ج) و(ن): مترتِّب.

لكن قد يُفرَّق بين أن يكون الوارث نسيبًا أو زوجًا، كما فرَّق القاضي في كتاب الوصايا من «خلافه» بينهما في مسألة الإقرار؛ لأنَّ النَّسيب(١) سبب إرثه قائم حال الوصيَّة، بخلاف أحد الزَّوجين.

وفيما ذكره القاضي في توجيه رواية أبي طالب نظر، فإنَّ أحمد لو اعتبر حالة العقد؛ لما جعله من الثُّلث[١][٢]، وإنَّما يتخرَّج من هذه الرِّواية رواية عنه: بأنَّ إقرار المريض لوارثه يعتبر من الثُّلث، والله أعلم(٢)[٣].

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فإنَّه حالة العقد لم يكن مريضًا، ويحتمل أنَّ قول القاضي محمول على ما إذا كان حالة العقد مريضًا أيضًا، فيكون عطية لغير وارث في مرضه، وهذا التَّخريج غريب، ولا يعرف من أثبت ذلك رواية، المعروف عدم صحَّة الإقرار، وفيه رواية بالصِّحَّة نقلها، وأمَّا أنَّه يصحُّ ويعتبر من الثُّلث فلا يعرف، انتهى، وقوله: أيضًا؛ يعني: كما في حالة الإقرار، فيُحمل قوله على حالة المرض في العقد وفي الإقرار).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بل يكون من رأس المال).

[٣] كتب على هامش (ن): (ومن هذه القاعدة: لو قال اثنان من الشُّركاء الثَّلاثة في عبد لشريكهما: إذا أعتقت نصيبك؛ فنصيبنا حرٌّ، فأعتق نصيبه وهو موسر؛ عَتَق كلُّه عليه، قاله في «الكافي»، ثمَّ قال: ويحتمل أن يَعتق نصيبهما عليهما؛ لأنَّ إعتاق نصيبهما يتعقَّب إعتاق نصيبه من غير فاصل، فلا يسبقه السِّراية، انتهى، قلت: يشير إلى أنَّ السراية تقارن إعتاقهما وإعتاقهما مباشرة، والسِّراية تسبب، والمباشرة أقوى من التَّسبب، فتُقدَّم عليه).

(١) في (ب) و(ج) و(د): النَّسب.

(٢) قوله: (والله أعلم) سقط من (أ) و(د) و(هـ) و(و).

قاعدة [٥٨]

من تعلَّق به الامتناع من فعلٍ هو متلبِّس به، فبادر إلى الإقلاع عنه، هل يكون إقلاعه فعلًا للممنوع منه، أم تركًا له فلا يترتَّب عليه شيء من أحكامه؟

هذا عدَّة أنواع:

أحدها: ألَّا يتعلَّق به حكم الامتناع بالكليَّة إلَّا وهو متلبِّس به؛ فلا يكون نزعه فعلًا للممنوع منه، فمن ذلك:

إذا حلف لا يَلبَس ثوبًا وهو لابسه، أو لا يركب دابَّة وهو راكبها، أو لا يدخل دارًا وهو فيها، وقلنا: إنَّ الاستدامة كالابتداء في جميع هذه الأفعال؛ فخلع الثَّوب ونزل عن الدَّابَّة، وخرج من الدَّار، في أوَّل أوقات الإمكان؛ فإنَّه لا يحنث؛ لأنَّ اليمين تقتضي الكفَّ في المستقبل دون الماضي والحال، فيتعلَّق الحكم بأوَّل أوقات الإمكان.

ومنه: ما إذا أحرم وعليه قميص؛ فإنَّه ينزِعه في الحال، ولا فديةَ عليه؛ لأنَّ محظورات الإحرام إنَّما تترتَّب[1] على المحرم لا على المحلِّ.

ولا يقال: إنَّه بإقدامه على إنشاء الإحرام وهو متلبِّس بمحظوراته

(١) في (ب): ترتب. وفي (ج): ترتبت. وفي (د): يترتَّب.

متسبِّب إلى مصاحبة اللُّبس في الإحرام، كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والنَّاذر؛ فإنَّه كان يمكنه ألَّا يحلف ولا ينذر حتَّى يترك التَّلبُّس بما يحلف عليه.

ومنه: ما إذا فعل فعلًا محرَّمًا ساهيًا[(١)] أو ناسيًا ثمَّ ذكر؛ فإنَّه يجب عليه قطعه في الحال، ولا يترتَّب عليه أحكام المتعمِّد له.

النَّوع الثاني: أن يمنعه الشَّارع من الفعل في وقت معيَّن، ويعلم بالمنع، ولكن لا يشعر بوقت المنع حتَّى يتلبَّس بالفعل، فيقلع عنه في الحال، فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: أنَّه لا يترتَّب عليه حكم الفعل المنهيِّ عنه، بل يكون إقلاعه تركًا للفعل؛ لأنَّ ابتداءه كان مباحًا، حيث وقع قبل وقت التَّحريم، وهو اختيار أبي حفص العكبريِّ.

والثَّاني: أنَّه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه؛ لإقدامه على الفعل، مع علمه بتحريمه في وقته، لا سيَّما مع قرب الوقت، وهذا ظاهر المذهب.

ومن صور المسألة: ما إذا جامع في ليل رمضان، فأدركه الفجر وهو مجامع، فنزع في الحال.

فالمذهب: أنَّه يفطر بذلك، وفي الكفَّارة روايتان.

واختار أبو حفص: أنَّه لا يفطر.

ولا خلاف في أنَّه[(٢)] لا يأثم إذا كان حال الابتداء متيقِّنًا لبقاء اللَّيل.

---

(١) في (ب): جاهلًا.

(٢) قوله: (في) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن).

وبنى بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر، وهو أنَّ النَّزع هل هو جزء من الجماع أو ليس من الجماع؟ وحكوا في المسألة روايتين.

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين[(١)]: أنَّه لا يفطر بالنزَّع في هذه الحال، ولا بالأكل ولا غيره؛ بناءً على أنَّه إنَّما يتعلق به حكم وجوب الإمساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر؛ فلا يكون الواقع منها في حالة الطُّلوع محرَّمًا البتَّة، كما قلنا في محظورات الإحرام: إنَّها إنَّما تثبت بعد التَّلبُّس به.

وقد روي عن أحمد ما يدلُّ على ذلك، فإنَّه قال: إذا شكَّ في طلوع الفجر؛ فإنَّه يأكل حتَّى لا يشكَّ أنَّه طلع[(٢)]، وفي المسألة أحاديث وآثار كثيرة تدلُّ على ذلك، والله أعلم[(٣)].

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (١٦/ ٢٢)، (٢٥/ ٢٦٣).

(٢) جاء في مسائل أبي داود (ص ١٣٤): (سمعت أحمد سئل عمن شك في الفجر؟ قال: يأكل حتى يستيقن).

(٣) فمن الأحاديث: ما أخرجه أحمد (١٠٦٢٩)، وأبو داود (٢٣٥٠)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «إذا سمع أحدكم النداء والإناء على يده؛ فلا يضعه حتى يقضي حاجته منه»، وزاد في روايةٍ عند أحمد: «وكان المؤذن يؤذن إذا بزغ الفجر»، وهي من قول عمار بن أبي عمار كما ذكر ابن حزم، وقد ذكر ابن حزم أن الحديث محمول على أنه لم يكن يتبين لهم الفجر بعد. ينظر: المحلى ٤/ ٣٧٠.
ومن الآثار: ما أخرجه عبد الرزاق (٧٣٦٥)، وابن أبي شيبة (٩٠٥٨)، عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: «إذا نظر رجلان إلى الفجر، فشك أحدهما؛ فليأكلا حتى يتبين لهما»، وما أخرجه عبد الرزاق (٧٣٦٧)، وابن أبي شيبة (٩٠٦٧)، عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «أحل الله لك الشراب ما شككت حتى لا تشك»، وأخرجا أيضًا عن غيرهما من الصحابة والتابعين بنحو ذلك.

ومنها: إذا وطئ امرأته، فحاضت في أثناء الوطء، فنزع؛ فهل تلزمه الكفَّارة؟

إذا قلنا: يلزم المعذور[١]؛ فمن الأصحاب من خرَّجها على أنَّ النَّزع هل هو جماع أو ترك للجماع؟

ومنهم من خرَّجها على مسألة الصَّوم.

والأظهر: أنَّه إن كان يعلم بمقتضى العادة قرب وقت حيضها، ثمَّ وطئ وهو يخشى مفاجأة الحيض؛ فهو شبيه بمسألة(١) الصَّوم، وإلَّا فلا كفَّارة؛ لأنَّه إنَّما تعلَّق به المنع بعد وجود الحيض، وقد ترك الوطء حينئذ.

وكذلك ينبغي أن يقال في الواطئ في ليل الصِّيام: إنَّه إن ظنَّ بقاء اللَّيل وأنَّه في مهلة منه؛ لم يفطر، وإن خشي مفاجاة الفجر؛ أفطر؛ لأنَّه أقدم على مكروه أو محرَّم ابتداء.

النَّوع الثَّالث: أن يعلم قبل الشُّروع في فعل أنَّه متى شرع فيه ترتَّب عليه تحريمه وهو متلبِّس به، فهل يباح له الإقدام على ذلك الفعل؛ لأنَّ التَّحريم لم يثبت حينئذ، أم لا يباح؛ لأنَّه يعلم أن إتمامه يقع حرامًا؟ فيه لأصحابنا قولان.

ومثال ذلك: أن يقول لزوجته: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا، أو: فأنت عليَّ كظهر أمِّي، ومثل: أن يعلم أنَّه متى أولج في هذا الوقت؛

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) في (ب): مسألة.

طلع عليه الفجر وهو مولج؛ فحكى الأصحاب في مسألة الطَّلاق والظِّهار روايتين، بنوهما على أنَّ النَّزع هل هو جماع أو ليس بجماع؟

ورجَّح صاحب «المغني» التَّحريم في مسألة الطَّلاق والظِّهار[١] على كلا القولين[٢]؛ لأنَّه استمتاع بأجنبيَّة[٣]، وهو حرام، ولو كان[٤] لمس بدنها لشهوة؛ فلمس الفرج بالفرج أولى، بخلاف الصَّائم؛ فإنَّه لا يفطر إلَّا بالوطء، ويمكن منع كون النَّزع وطئًا[٥].

قال[٦]: (فإن قيل: فهذا[٧] إنَّما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرام.

قلنا: فإذا لم يمكن الوطء إلَّا بفعل[٨] محرَّم؛ حرم؛ ضرورةَ ترك الحرام، كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلَّا بأكل لحم الخنزير، أو اشتبهت ميتة بمذكَّاة؛ فإنَّ الجميع يحرم) انتهى(١).

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: في أنَّ النَّزع جماع أو ليس بجماع).

[٣] كتب على هامش (ن): (هذا خاص بمسألة الطَّلاق).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: الاستمتاع).

[٥] كتب على هامش (ن): (يعني: فلا يفطر بالنَّزع).

[٦] كتب على هامش (ن): (أي: صاحب «المغني»).

[٧] كتب على هامش (ن): (يعني: النَّزع).

[٨] كتب على هامش (ن): (وهو النَّزع).

---

(١) ينظر: المغني (٧/ ٥٥٩).

وليس هذا[١] مطابقًا لمسألتنا؛ فإنَّ ابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام متميِّز عنه، لم يشتبه بحرام ولم يختلط به، فإذا انضمَّ إلى ذلك أنَّ النَّزع ترك للحرام؛ لم يبق ههنا حرام.

وأيضًا: فإنَّ النَّزع ههنا مقارن للبينونة؛ فيمكن النِّزاع في تحريمه[٢] كما وقع النِّزاع في ترتُّب أحكام الزَّوجيَّة معه[٣]، وأمَّا الإيلاج، فمقارن لشرط البينونة.

فإن قيل: إنَّ المقارن للشَّرط كالمقارن للمشروط، على ما سبق تقريره في القاعدة التي قبلها؛ توجَّه تحريمه أيضًا، وإلَّا فلا.

وأيضًا: فمن يقول: النَّزع جزء من الجماع، والجماع(١) عبارة عن الإيلاج والنَّزع؛ يلتزم أنَّ الطَّلاق والظِّهار إنَّما يقعان بعد النَّزع لا قبله؛ فلا يحصل النَّزع في أجنبيَّة ولا مظاهر منها.

ولا يقال: يلزم على هذا[٤] ألَّا يفطر الصَّائم بالإيلاج قبل غروب

[١] كتب على هامش (ن): (أي: اختلاط لحم الخنزير بلحم مباح، واشتباه الميِّتة بالمذكَّاة).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: تحريم النَّزع المقارن للبينونة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: مع النَّزع المقارن للبينونة، كما لو طلَّق طلاقًا رجعيًّا بعد الإيلاج وقبل النَّزع، فهل تحصل الرجعة بالنَّزع إذا قلنا بحصولها بالوطء؟).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: كون الجماع عبارة عن الإيلاج والنَّزع).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): وأن الجماع. وفي (هـ): فإن الجماع.

الشَّمس إذا نزع بعده؛ لأنَّ مفطرات الصَّائم لم تنحصر في الجماع وحده، بل تحصل بأمور متعدِّدة؛ فيجوز أن يحصل بأحد جزأي الجماع كما يحصل بالإنزال بالمباشرة ونحوه، بخلاف الأحكام المترتِّبة على مسمَّى الوطء[١]؛ فإنَّها لا تثبت إلَّا بعد تمام مسمَّى الوطء.

النَّوع الرَّابع: أن يتعمَّد الشُّروع في فعل محرَّم عالمًا بتحريمه، ثمَّ يريد تركه والخروج منه وهو متلبِّس به؛ فيَشْرَع في التَّخلص منه بمباشرته أيضًا؛ كمن توسَّط دارًا مغصوبة، ثمَّ تاب وندم وأخذ في الخروج منها، أو طيَّب المحرِمِ بدنَه عامدًا، ثمَّ تاب وشرع في غسله بيده قصدًا لإزالته، أو غصب عينًا، ثمَّ ندم وشرع في حملها على رأسه إلى صاحبها، وما أشبه ذلك.

والكلام ههنا في مقامين:

أحدهما: هل تصحُّ التَّوبة في هذه الحال ويزول الإثم بمجرَّدها، أم لا يزول حتَّى ينفصل عن ملابسة الفعل بالكليَّة؟ فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن عقيل[٢]: أنَّ توبته صحيحة، ويزول عنه الإثم بمجرَّدها، ويكون تخلُّصه من الفعل طاعة وإن كان ملابسًا له؛ لأنَّه مأمور به فلا يكون معصية، ولا يقال: من شرط التَّوبة الإقلاع ولم يوجد؛ لأنَّ هذا هو الإقلاع بعينه.

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: كما في تعليق الطَّلاق أو الظهار على الوطء).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

وأيضًا: فالإقلاع إنَّما يشترط مع القدرة عليه دون العجز، كما لو تاب الغاصب وهو محبوس في الدَّار المغصوبة، أو توسَّط جمعًا من الجرحى متعمِّدًا، ثمَّ تاب وقد علم أنَّه إن أقام قتل من هو عليه، وإن انتقل قتل غيره، لكنَّ[١] هذا[٢] من محلِّ النِّزاع أيضًا.

والوجه الثَّاني: وهو قول أبي الخطَّاب: أنَّ حركات الغاصب ونحوه في خروجه ليست طاعة ولا مأمورًا بها، بل هي معصية، ولكنَّه يفعلها لدفع أكبر(١) المعصيتين بأقلِّهما.

وأبو الخطَّاب وإن قال: ليست طاعة؛ فهو يقول: لا إثمَ فيها، بل يقول بوجوبها، وهو معنى الطَّاعة[٣].

وخرَّج بعض الأصحاب الخلاف في هذه المسألة: على الخلاف في جواز الإقدام على الوطء في مسائل النَّوع الثَّالث، فإن قيل بجوازه؛ لزم أن يكون التَّرك امتثالًا من كلِّ وجه، فلا يكون معصية، وإن قيل بتحريمه؛ لزم تحريم التَّرك ههنا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (هو كلام المصنِّف).

[٢] كتب على هامش (ن): (المقيس عليه: وهو غاصب الدَّار الَّتي هو محبوس فيها، والمتوسط الجرحى إذا تابا).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: حقيقتها؛ إذ هي فعل الواجب على وجه القربة، وهذا كذلك).

---

(١) في (أ) و(ج) و(هـ): أكثر.

وقد يفرَّق[١]: بأنَّ التَّحريم ثَمَّ طارئ، وهنا مستصحب من الابتداء؛ فلا يلزم من الجواز ثَمَّ الجوازُ ههنا، ويلزم من التَّحريم هناك التَّحريم ههنا بطريق الأولى.

والمقام الثَّاني: في الأحكام المترتِّبة على هذا الأصل، وهي كثيرة:

فمنها: غسل الطِّيب للمحرم بيده يجوز؛ لأنَّه تركٌ للتَّطيُّب لا فعل له، ذكره الأصحاب، واستدلُّوا بحديث الَّذي أحرم وهو متضمِّخ بطيب، فأمره النَّبيُّ ﷺ أن يغسله عنه(١)، ولكن هذا كان جاهلًا بالحكم؛ فهو كمن تطيَّب بعد إحرامه ناسيًا؛ فإنَّه يغسله بغير خلاف.

وخصَّ كثير من الأصحاب كالقاضي وغيره الحكم بالنَّاسي، وهو مشعر أنَّ العامد بخلافه، وهو متخرِّج على الخلاف السَّابق في كونه معصية.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بين مسألة الغاصب إذا تاب وبين مسائل النَّوع الثَّالث، ومع الفرق لا يصحُّ التَّخريج المذكور).

---

(١) وهو ما أخرجه البخاري (٤٣٢٩)، ومسلم (١١٨٠) من حديث صفوان بن يعلى بن أمية: أن يعلى كان يقول: ليتني أرى رسول الله ﷺ حين ينزل عليه، قال: فبينا النبي ﷺ بالجعرانة وعليه ثوب قد أظل به معه فيه ناس من أصحابه، إذ جاءه أعرابي عليه جبة متضمخ بطيب، فقال: يا رسول الله، كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعدما تضمخ بالطيب؟ فأشار عمر إلى يعلى بيده: أن تعال، فجاء يعلى فأدخل رأسه، فإذا النبي ﷺ محمر الوجه، يغط كذلك ساعة، ثم سري عنه، فقال: «أين الذي يسألني عن العمرة آنفًا» فالتمس الرجل فأتي به، فقال: «أما الطيب الذي بك فاغسله ثلاث مرات، وأما الجبة فانزِعها، ثم اصنع في عمرتك كما تصنع في حجك».

والصَّحيح: التَّعميم؛ لأنَّ مباشرة الفعل إنَّما جازت ضرورة الخروج منه، والمحرِم لا ضرورة له في الغسل بيده، فلمَّا أذن الشَّارع فيه؛ دلَّ على أنَّ مباشرة الطِّيب لقصد إزالته ومعالجته غير ممنوع.

ومنها: إذا تعمَّد المأموم سبق إمامه في ركوع أو سجود، وقلنا: لا تبطل صلاته بمجرَّد تعمُّد السَّبق[١]؛ فهل يجب عليه العود إلى متابعة الإمام أم لا؟

أطلق أكثر الأصحاب وجوب العود، من غير تفريق بين العامد وغيره، كما وردت به الآثار عن الصَّحابة؛ كعمر وابنه وابن مسعود رضي الله عنهم (١).

وفرَّق صاحب «المحرر» بين العامد وغيره، وقال: متى عاد العامد؛ بطلت صلاته؛ لأنَّه قد تعمَّد زيادة ركن كامل عمدًا، وإنَّما يعود السَّاهي والجاهل (٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) أثر عمر رضي الله عنه: أخرجه عبد الرزاق (٣٧٥٨)، وابن أبي شيبة (٤٦٢٢): أن عمر رضي الله عنه قال: «أيما رجل رفع رأسه قبل الإمام في ركوع أو في سجود؛ فليضع رأسه بقدر رفعه إياه».

وأثر ابن عمر رضي الله عنهما: أخرجه ابن أبي شيبة (٤٦٢٣): عن سليمان بن كندير، قال: «صليت إلى جنب ابن عمر رضي الله عنهما فرفعت رأسي قبل الإمام، فأخذه فأعاده».

وأثر ابن مسعود رضي الله عنه: أخرجه البخاري تعليقًا (١/ ١٣٨)، ووصله عبد الرزاق (٣٧٥٧)، وابن أبي شيبة (٤٦٢٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «لا تبادروا أئمتكم بالركوع ولا بالسجود، فإن سبق أحد منكم فليضع قدر ما يسبق به».

(٢) ينظر: المحرر (١/ ١٠٢).

وقد يقال: إنَّ عود العامد يتخرَّج على أنَّ العود إنَّما هو قطع للفعل المنهيِّ عنه الَّذي ارتكبه ورجوعٌ عنه إلى متابعة الإمام الواجبة؛ فلا يكون منهيًّا عنه، بل مأمورًا به؛ كالخروج من الدَّار المغصوبة ونحوها على ما سبق.

وقد يفرَّق[١]: بأنَّ حقيقة السُّجود وضع الأعضاء المخصوصة على الأرض، فإذا زيد هذا المقدار عمدًا؛ بطلت به الصَّلاة، وأمَّا الهويُ إليه والرَّفع منه فليسا من ماهيَّته، وإنَّما هما حدَّان له؛ فلا أثر لنيَّة قطعه بالرَّفع، فإنَّ الرَّفع ليس منه[٢]، وإنَّما هو غاية له، وفصل بينه وبين غيره، وما مضى منه ووجد لا يمكن رفعه، وهو سجود تامٌّ؛ فتبطل الصَّلاة بزيادته عمدًا، وهذا قد يلزم منه أنَّ السَّبق بالرُّكن عمدًا يُبطل الصَّلاة، وقد قيل: إنَّه المنصوص عن أحمد.

وعلى الوجه الآخر[٣]؛ فيقال: لـمَّا لحقه الإمام في هذا الرُّكن واجتمع معه فيه؛ اكتفى بذلك في المتابعة.

---

[١] قال ابن نصر الله رحمه الله: لم يظهر هنا تفريق ولا ما هما المفرَّق بينهما، وكأن حاصله: لزوم بطلان الصَّلاة بمجرَّد وضع الأعضاء المخصوصة على الأرض عمدًا، خلاف النَّاسي والجاهل، فيكون المراد: التَّفريق بين العامد وبينهما، ولم يشتمل كلامه على وجه الفرق، والفرق بينهما بالحقيقة: إنَّما هو الإساءة بالتَّعمُّد.

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: السُّجود).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو القول بالصِّحَّة مع العمد).

قاعدة [٥٩]

العقود لا تَرِد إلَّا على موجود بالفعل أو بالقوَّة، وأمَّا الفسوخ فتَرِد على المعدوم حكمًا واختيارًا على الصَّحيح، وقد دلَّ عليه حديث المصرَّاة(١)[١]؛ حيث أوجب الشَّارع ردَّ صاع التَّمر عوضًا عن اللَّبن بعد تلفه، وهو ممَّا ورد العقد عليه؛ فدلَّ على أنَّه حكم بفسخ العقد فيه وردِّ عوضه مع أصله والرُّجوع بالثَّمن كاملًا.

فأمَّا الانفساخ الحكميُّ بالتَّلف؛ ففي مواضع:

منها: إذا تلف المبيع المبهم قبل قبضه؛ انفسخ العقد فيه وفي عوضه، سواء كان ثمنًا أو مثمنًا.

ومنها: إذا تلفت الثِّمار المشتراة في رؤوس الشَّجر قبل جَدِّها بجائحة؛ فإنَّ العقد ينفسخ فيها.

ومنها: إذا تلفت العين المستأجرة قبل مضيِّ مدَّة الإجارة؛ انفسخ

---

[١] كتب في هامش (ب): (الاستدلال بالحديث فيه نظر، فإنَّ الفسخ إنَّما ورد على الشاة لا على اللَّبن، ودخلت قيمة اللَّبن تبعًا للمصرَّاة).

---

(١) وهو ما أخرجه البخاري (٢١٥٠) ومسلم (١٥١٥)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ، قال: «لا تُصَرُّوا الغنم، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر».

العقد فيما بقي منها.

وأمَّا الفسخ الاختياريُّ؛ فكثير.

ومن مسائله: إذا تلف المبيع في مدَّة الخيار؛ هل يسقط الخيار، أم لا يسقط وللبائع الفسخ ويرجع بعوضه ويردُّ الثَّمن؟ على روايتين معروفتين[١].

ونقل عنه أبو طالب: إن أعتقه المشتري أو تلف عنده؛ فللبائع الثَّمن، وإن باعه ولم يمكنه ردُّه؛ فله القيمة(١).

ففرَّق بين التَّلف الحسيِّ والحكميِّ وبين التَّفويت مع بقاء العين؛ فأجاز الفسخ مع بقائها لإمكان الرُّجوع، بخلاف التَّلف.

وأيضًا: فتصرُّفه بالبيع في مدَّة الخيار جناية حال بها بين البائع والرُّجوع في ماله، فيملك أن يفسخ ويضمنه القيمة للحيلولة، وإلى هذا المأخذ أشار أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ومنها: إذا اختلف المتبايعان في الثَّمن بعد تلف المبيع، وفيه روايتان:

إحداهما: يتحالفان[٢]، ويفسخ البيع، ويغرَّم المشتري القيمة.

والثَّانية: القول قول المشتري مع يمينه في قدر الثَّمن، ولا فسخ، اختارها أبو بكر.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: يسقط).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣١٤).

ومنها: إذا تبايعا جارية بعبد أو بثوب، ثمَّ وجد أحدهما بما قبضه عيبًا وقد تلف الآخر؛ فإنَّه يردُّ ما بيده ويفسخ العقد، ويرجع بقيمة التَّالف، نصَّ عليه أحمد في رواية حنبل وابن منصور، ولم يذكر الأصحاب فيه خلافًا؛ لأنَّ هنا عينًا باقية يمكن الفسخ فيها، فيقع الفسخ في التَّالف تبعًا، كما لو كان الثَّمن نقدًا معيَّنًا وقد تلف؛ فإنَّه لا خلاف أنَّه يردُّ السِّلعة بالعيب ويأخذ بدل الثَّمن.

ومنها: إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد ردَّه؛ فهل يجوز ردُّ الموجود مع قيمة المفقود ويأخذ الثَّمن؟

ظاهر كلام القاضي في «خلافه» في المسألة الَّتي قبلها جوازه؛ لأنَّ الفسخ في المفقود هنا(١) تابع للفسخ في الموجود.

وخرَّجه صاحب «التَّلخيص» على روايتين فيما إذا اشترى شيئًا، فبان معيبًا وقد تعيَّب عنده[١]، فإنَّه يردُّه على إحدى الرِّوايتين، ويردُّ معه أرش العيب الحادث عنده منسوبًا من قيمته لا من ثمنه، فورد الفسخ هنا على المفقود تبعًا للموجود.

واعتذر ابن عقيل عن ضمانه بالقيمة[٢]: بأنَّه لمَّا فسخ العقد؛ صار

---

[١] كتب على هامش (ن): (فإنَّ تَلَف بعض المبيع عيب فيه، أشبه ما إذا تعيَّب بعيب غير تلف بعضه).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لا بالثَّمن، كما في أرش العيب الَّذي يأخذه المشتري).

---

(١) قوله: (هنا) سقط من (أ) و(و) و(ن).

المبيع في يده كالمقبوض على وجه السَّوم؛ لأنَّه قبض بحكم عقد، فلذلك ضمن بالقيمة، وهذا رجوع إلى أنَّ الفسخ رفع للعقد من أصله[١]، وهو ضعيف.

ومقتضى هذا: أنَّ الأصل ضمانه بجزء من الثَّمن، وهو مقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في مسائل التَّفليس؛ لأنَّ كلَّ جزء من المبيع مقابل بجزء من الثَّمن، فإذا لم يمكن ردُّ المبيع كلِّه؛ ردَّ الموجود منه بقسطه من الثَّمن كما في تفريق الصَّفقة.

وهذا بخلاف أرش العيب الَّذي يأخذه المشتري من البائع، فإنَّه يأخذه منسوبًا من الثَّمن، واختلف الأصحاب فيه:

فمنهم من يقول: هو فسخ للعقد في مقدار العيب، ورجوع بقسطه من الثَّمن، وعلى هذا؛ فالفسخ ورد على معدوم مستحَقٍّ(١) التَّسليم،

[١] كتب على هامش (ن): (قد يُمنع ذلك، ويقال: بل ومع القول بأنَّه رَفْع للعقد من حينه يصير في يد البائع كالمقبوض على وجه السوم؛ لأنَّه قد تبين أنَّ الثَّمن المسمَّى قد ارتفع حكمه، ويجاب عن ذلك: بأنَّه إنَّما يفيد هذا لو كان تلف الجزء في يد المشتري بعد الفسخ، أمَّا مع تقدُّم التَّلف عليه؛ فلا بدَّ من تقدير تقدُّم الفسخ عليه؛ ليكون في حالة تلفه غير معقود عليه، ولا يحصل ذلك إلَّا بتقدير كون الفسخ رفعًا للعقد من أصله، وقد سنح لي فرق بين أرش العيب الَّذي يأخذه المشتري وأرش العيب الَّذي يأخذه البائع هنا، وذلك أنَّ الَّذي يأخذه المشتري يأخذه مع قيام عقد البيع، فلهذا كان =

(١) في (ب): يستحقُّ.

وهذا في المشترَى في الذِّمة كالسَّلم ظاهرٌ؛ لأنَّه كان يستحقُّه سليمًا، فأمَّا في المعيَّن؛ فلم يقع العقد على غير عينه، فلا يمكن أن يكون الأرش فسخًا، إلَّا أن يقال: إطلاق العقد على العين يقتضي سلامتها؛ فكأنَّها موصوفة بصفة السَّلامة، وقد فاتت.

ومنهم من يقول: بل هو عوض(١) عن الجزء الفائت، وعلى هذا: فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته؟

ذهب القاضي في «خلافه»: إلى أنَّه عوض عن القيمة[١].

وذهب ابن عقيل في «فنونه» وابن المني: إلى أنَّه عوض عن العين الفائتة[٢].

= منسوبًا إلى الثَّمن لا إلى القيمة، والَّذي يأخذه البائع إنَّما يأخذه بعد رفع عقد البيع، فلا يبقى هناك من ينسب الأرش إليه، ويصير كما لو تلف هذا الجزء في يد غاصب أو مشتر من غاصب).

[١] كتب على هامش (ن): (ولعلَّه أقيس).

[٢] كتب على هامش (ن): (إذا كان المبيع في الذِّمَّة؛ لم يصحَّ القول بأنَّ أرشه معاوضة؛ لأنَّ العيب جزء من المسلَم فيه، والمسلَم فيه لا تعاوض عنه قبل قبضه، فيتعيَّن أنَّ أرشه بطريق الفسخ لثبوت العقد فيه، وإنَّما إذا كان المبيع معيَّنًا، فيتَّجه فيه الإسقاط لعدم من يقول: البيع للجزء الفائت؛ إلَّا على التَّقدير السَّابق من أنَّ إطلاق العقد يقتضي سلامة العين، لكنَّ كونه يقتضي =

(١) في (أ) و(ج): عوض جزء.

وينبني على ذلك: جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته.

فإن قلنا: المضمون العين؛ فله المصالحة عنها بما شاء.

وإن قلنا: القيمة؛ لم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها.

ومنهم من قال: هو إسقاط لجزء من الثَّمن في مقابلة الجزء الفائت الَّذي تعذَّر تسليمه[١] لا على وجه الفسخ؛ لأنَّ الفسخ لا يقابل الصِّحَّة

= سلامتها يستلزم أنَّه إذا لم تكن سليمة أن يكون العقد شمل ما لم يكن موجودًا معها من صفاتها، فكأن العقد وقع على مجموع صفاتها، وتبيَّن أنَّ بعضها لم يكن موجودًا، فيصحُّ في الموجود بقسطه من الثَّمن، ويبطل في المفقود؛ لعدم صحَّة العقد عليه، ويتوَّجه حينئذ الخلاف في تفريق الصَّفقة فيه، وإذا كان كذلك؛ لم يصحَّ كون أرش المفقود معاوضة عنه، بل إسقاط لقسطه من الثَّمن؛ لعدم صحَّة العقد فيه، فإن تعذَّر الرُّجوع بقسطه من عين الثَّمن؛ رجع بعوضه، وهو مثله إن كان مثليًّا، وقيمته إن لم يكن مثليًّا).

[١] كتب على هامش (ن): (وهذا القول لعلَّه أظهر الأقوال؛ لأنَّه لو كان فسخًا؛ استدعى انعقاد البيع على الجزء الفائت، ولا يمكن القول به؛ لتعذُّر تسليمه، ولو كان معاوضة؛ توقَّف على رضى البائع، وهو لا يتوقَّف على رضاه فتعيَّن كونه إسقاطًا، بمعنى أنَّ العقد وقع على العين المبيعة بناء على وجود الجزء فيها، فتبيَّن أنَّه مفقود، فيتبين أن البيع لم يصح فيه، ويصح في بقية أجزائها بقسطها من الثَّمن، ويسقط قسط ذلك الجزء من الثَّمن؛ لعدم صحَّة البيع فيه، ويكون من باب تفريق الصَّفقة؛ لوقوع البيع فيه على ما يجوز بيعه وعلى ما لا يجوز، ولهذا يثبت فيه خيار الرَّدِّ، ولا يلزم جريان الخلاف في صحَّة العقد للإجماع على صحَّته دون غيره من الصِّحَّة).

والسَّلامة، وإنَّما يقابل الأجزاء المشاعة، فإذا عقد على عين موصوفة وفات بعض صفاتها؛ رجع بما قابله من الثَّمن من غير فسخ.

وكلٌّ من هذه الأقوال الثَّلاثة قاله القاضي في موضع من «خلافه»، وينبني على الخلاف في أنَّ الأرش فسخ أو إسقاط لجزء من الثَّمن أو معاوضة: أنَّه إن كان فسخًا أو إسقاطًا؛ لم يرجع إلَّا بقدره من الثَّمن، ويستحقُّ جزءًا من عين(١) الثَّمن مع بقائه، بخلاف ما إذا قلنا: هو معاوضة.

وأمَّا إن أسقط المشتري خيار الرَّدِّ بعوض بذله له(٢) البائع وقَبِلَه؛ فإنَّه يجوز على حسب ما يتَّفقان عليه، وليس من الأرش في شيء، ذكره القاضي وابن عقيل في الشُّفعة، ونصَّ أحمد على مثله في النِّكاح في خيار المعتقة تحت عبد.

ومنها: إذا تلفت العين المعيبة كلُّها؛ فهل يملك المشتري الفسخ وردَّ بدلها أم لا؟

الَّذي عليه الأكثرون: أنَّه لا يملك ذلك[١]، وأشار إليه أحمد في رواية ابن منصور(٣)، قالوا: لأنَّ الرَّدَّ يستدعي مردودًا، ولا مردود إلَّا

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

(١) في (ب): غير.

(٢) قوله: (له) سقط من (أ).

(٣) لعله يشير إلى ما قاله إسحاق بن منصور(٦/ ٢٨٥٠): (قلت: رجل ابتاع عبدًا فكاتبه، فوجد به عيبًا بعدما كاتبه؟ قال سفيان: ليس على البائع شيء؛ لأنه بمنزلة =

مع بقاء العين، وظلامته تستدرك بالأرش، وهو ضعيف؛ لأنَّ البدل يقوم مقام العين.

وخرَّج القاضي في «خلافه»: جواز ذلك من ردِّ المشتري أرش العيب الحادث عنده كما تقدَّم، وذكر أنَّه قياس المذهب، وتابعه عليه أبو الخطاب في «انتصاره»، وجزم بذلك ابن عقيل في «الفصول» من غير خلاف حكياه(١).

ومنها: إذا اشترى ربويًّا بجنسه فبان معيبًا، ثمَّ تلف قبل ردِّه؛ فإنَّه يملك الفسخ، ويردُّ بدلَه ويأخذ الثَّمن؛ لأنَّه لا يجوز له أخذ الأرش على الصَّحيح لمحذور الرِّبا؛ فتعيَّن الفسخ.

ومنها: الإقالة؛ هل تصحُّ بعد تلف العين؟

قال القاضي مرَّة: لا تصحُّ(٢)[١]؛ لأنَّها عقد يقف على الرِّضا من الجانبين؛ فهي كالبيع، بخلاف الرَّدِّ بالعيب.

ثمَّ قال في موضع آخر: قياس المذهب صحَّتها[٢] بعد التَّلف إذا

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (إنَّما جعل ذلك القاضي قياس المذهب، قياسًا على الرَّدِّ بالعيب بعد تلف المبيع، فإنَّه أيضًا جعل قياس المذهب فيها جواز الرَّدِّ، وهما من منهج واحد؛ لكونهما فسخين، وقد ذُكرت هذه المسألة في الفوائد في مسألة هل الإقالة فسخ أو بيع؟).

= البيع، قال أحمد: لولا عتقه كان له أن يرجع عليه ما بين الداء والصحة)، فلم يثبت له حق الفسخ، وإنما أثبت له الأرش فقط.

(١) في (ج) و(د) و(و) و(ن): حكاه.

(٢) في (ب): يصحُّ.

قلنا: هي فسخ، وتابعه أبو الخطاب في «الانتصار»، وابن عقيل في «نظريَّاته».

وحكى صاحب «التَّلخيص» فيها وجهين، بخلاف الرَّدِّ بالعيب، وفرَّق: بأنَّ الرَّدَّ يستدعي مردودًا، بخلاف الفسخ.

وهو ضعيف؛ فإنَّ الرَّدَّ فسخ أيضًا، والإقالة تستدعي مقالًا فيه، ولكنَّ البدل يقوم مقام المبدل هنا للضَّرورة.

ومنها: الشَّركة في البيوع، وهي نوع منها، وحقيقتها: أن يشتري رجل شيئًا، فيقول لآخر: أشركتك في نصفه أو جزء مشاع منه، فقبل؛ يصحُّ ذلك(١)، ويكون تمليكًا منجَّزًا بعوض في الذِّمَّة.

وموضوع هذا العقد: أنَّه إن ربح المال المشترك فيه؛ فالرِّبح بينهما، ويتقاصان(٢) بالثَّمن، ويصير المشترك شريكًا في الرِّبح، فيأخذ حصَّتَه منه، وإن تلف المال أو خسر؛ انفسخت الشَّركة؛ فيكون الخسران أو التَّلف على المشتري، فيقدَّر انفساخ الشَّركة حكمًا في آخر زمن الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه، وإنَّما يحكم بالانفساخ بعد التَّلف والخسران؛ فيكون هذا العقد مفيدًا للشَّركة في الرِّبح خاصَّة، ويكون فسخه معلَّقًا على شرط، ويُكتفَى في ذلك بمسمَّى(٣) الشَّركة من غير

(١) في (أ): فيصح.
(٢) في (ب): أو يتقاصَّان. وفي (هـ): ويتحاصَّان.
(٣) في (هـ): مسمَّى.

حاجة إلى شرط لفظيٍّ[١].

وقد نصَّ أحمد على جواز هذا في رواية جماعة؛ منهم: الأثرم ومهنَّى وأحمد بن القاسم وسنديٌّ(١) وأبو طالب وأحمد بن سعيد(٢) وابن منصور(٣) وغيرهم، ونُقل مثل ذلك عن شريح والشَّعبيِّ صريحًا.

وسُئل أحمد: هل يدخل هذا في ربح ما لم يضمن؟ فقال: هو مثل المضارب، يأخذ الرِّبح ولا ضمان عليه.

وقد أشكل توجيه كلام أحمد على القاضي؛ فحمله على محاملَ بعيدة جدًّا.

وحمله ابن أبي موسى على ظاهره، وتبعه الشِّيرازيُّ إلَّا أنَّه خرَّج وجهًا آخر: أنَّ الوضيعة عليهما كالرِّبح.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ليست هذه المسألة في شيء من مشاهير كتب الأصحاب إلَّا في «المستوعب»، فإنَّه ذكرها في أثناء كلامه في شركة الوجوه، وذكر فيها تأويل قول أحمد على تلف المبيع قبل قبضه، فليراجع منه).

---

(١) هو سندي أبو بكرٍ الخواتيمي البغدادي، سمع من الإمام أحمد مسائل صالحة. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٧٠.

(٢) هو أحمد بن سعيد أبو جعفر الدارمي، نقل عن الإمام أحمد أشياء. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٤٦.

(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٦١٥).

قاعدة [٦٠]

التَّفاسخ في العقود الجائزة متى تضمَّن ضررًا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممَّن له تعلُّق بالعقد؛ لم يجز ولم ينفذ، إلَّا أن يمكن استدراك الضَّرر بضمان أو نحوه؛ فيجوز على ذلك الوجه.

فمن ذلك: الموصى إليه؛ أطلق كثير من الأصحاب: أنَّ له الرَّدَّ بعد القبول في حياة الموصي وبعده.

وقيَّد ذلك صاحب «المحرر» بما إذا وجد حاكمًا؛ لئلَّا يضيع إسنادها فيقع الضَّرر، وأخذها من رواية حنبل عن أحمد في الموصى يدفع الوصيَّة إلى الحاكم فيبرأ منها، قال: إن كان حاكمًا؛ فنعم.

وحكى رواية أخرى: أنَّه لا يملك الرَّدَّ بعد الموت بحال، ولا قبله إن لم يُعلِمه بذلك؛ لما فيه من التَّغرير به.

وحكى ابن أبي موسى رواية: ليس له الرَّدُّ بحال إذا قَبِلَ، ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت، وحكاها القاضي في «خلافه» صريحًا في الحالين.

ومنها: الوكيل في بيع الرَّهن إذا عزله الراهن يصحُّ عزله على المنصوص؛ لأنَّ الحاكم يأمره بالبيع ويبيع عليه.

وخرَّج ابن أبي موسى وجهًا آخر: أنَّه لا ينعزل؛ لأنَّ فيه تغريرًا للمرتهن.

ويتخرَّج وجه ثالث بالفرق بين أن يوجد حاكم يأمر بالبيع أو لا؛ من مسألة الوصيَّة.

ومنها: أنَّه يجوز فسخ عقد الجعالة، لكن يستحقُّ العامل أجرة المثل؛ لبطلان المسمَّى بالفسخ، فإذا عمل به أحدٌ مستندًا إليه؛ استحقَّ أجرة المثل، كما لو سمَّى له تسمية فاسدة.

ويتخرَّج: أن يستحقَّ في جُعل الآبق المسمَّى بالشَّرع(١)؛ لأنه(٢) المستحقُّ بالإطلاق، وقد صار وجود التَّسمية كالعدم.

ومنها: إذا فسخ المالك عقد المساقاة، وقلنا: هي جائزة[١]، فإن كان بعد ظهور الثَّمرة؛ فنصيب العامل فيها ثابت؛ لأنَّه يملكه بالظُّهور رواية واحدة؛ لأنَّ حصَّة المساقي ليست وقاية للمال، بخلاف المضارب، وكذلك لو فسخ العامل بعد الظُّهور.

وأمَّا إن كان الفسخ قبل الظُّهور: فإن كان من العامل؛ فلا شيء له لإعراضه، وإن كان من المالك؛ فعليه أجرة المثل للعامل؛ لأنَّه منعه من إتمام عقد يفضي إلى حصول المسمَّى له غالبًا؛ فلزمه ضمانه، وأيضًا؛ فإنَّ ظهور الثَّمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها أثرٌ بالقيام عليها وخدمتها؛ فلا يذهب عمله مجَّانًا، وقد أثَّر في حصول المقصود.

ويتوجَّه على قول ابن عقيل في المضاربة: أن ينفسخ العقد بالنِّسبة

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) يشير إلى الحديث المرسل والآثار الواردة عن الصحابة في ذلك، وتقدم ذكرها (١/٢٦٦).

(٢) في (ب): لأنَّ.

إلى المالك دون العامل؛ فيستحقُّ من الثَّمر المسمَّى له.

ومنها: إذا زارع رجلًا على أرضه، ثمَّ فسخ المزارعة قبل ظهور الزَّرع أو قبل البذر وبعد الحرث؛ قال ابن منصور في «مسائله»(١): قلت لأحمد: الأكَّار[١] يريد أن يخرج من الأرض فيبيع الزَّرع، قال: لا يجوز بيعه حتَّى يبدو صلاحه، قلت: فيبيع عمل يديه وما عمل في الأرض، وليس فيها زرع، قال: لم يجب له شيء بعدُ، إنَّما يجب بعد التَّمام.

قال ابن منصور: يقول: يجب له بعد ما يبلغ الزَّرع لمَّا اشترط عليه أن يعمل حتَّى يفرغ، فأمَّا أن يكون يذهب عمل يديه وما أنفق في الأرض؛ فلا، وذلك أنَّه إذا أخرجه صاحبه أو خرج بإذنه، فإذا خرج من ذات نفسه، فليس له شيء) انتهى.

فحمل ابن منصور قول أحمد: (إنَّه لا شيء له)، على ما إذا خرج بنفسه؛ لأنَّه معرض عمَّا يستحقُّه من الأرض، بخلاف ما إذا أخرجه المالك أو خرج بإذنه.

وظاهر كلامه[٢]: أنَّه يجب له أجرة عمله بيديه وما أنفق على الأرض من ماله، مع أنَّ كلام أحمد إنما فيه(٢): أنَّه لا يبيع آثار عمله؛

---

[١] كتب في هامش (و): (الأكَّار: الفلَّاح).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: ابن منصور).

---

(١) ينظر: (٩/ ٤٦٦٧).

(٢) قوله: (إنما فيه) هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): (قد يُحمل على أنه أراد).

لأنَّها ليست أعيانًا، وهذا لا يدلُّ على أنَّه لا حقَّ له فيها بالكليَّة، ولهذا نقول(١) في آثار الغاصب: إنَّه يكون شريكًا بها على أحد القولين، والمفلس ونحوه لا خلاف فيه، مع أنَّ القاضي قال في «الأحكام السُّلطانيَّة»(٢): قياس المذهب: جواز بيع العمارة الَّتي هي الإثارة(٣)، ويكون شريكًا في الأرض بعمارته.

وأفتى الشَّيخ تقيُّ الدِّين فيمن زارع رجلًا على مزرعة بستانه ثمَّ أجَّرها؛ هل تبطل المزارعة؟ أنَّه إن زارعه مزارعة لازمة[١]؛ لم تبطل بالإجارة، وإن لم تكن لازمة؛ أعطى الفلاح أجرة عمله.

وأفتى أيضًا في رجل زرع أرضًا وكانت بُورًا وحرثها؛ فهل له إذا خرج منها فلاحة؟ أنَّه إن كان له في الأرض فلاحة لم ينتفع بها؛ فله قيمتها على من انتفع بها، فإن كان المالك انتفع بها أو أخذ عوضًا عنها من المستأجر؛ فضمانها عليه، وإن أخذ الأجرة عن الأرض(٤) وحدها؛ فضمان الفلاحة على المستأجر المنتفع بها.

---

[١] كتب على هامش (ن): (كأنَّه يريد لزومها على رواية كونها لازمة، والمذهب: أنَّها غير لازمة، فكأنَّه يقول: إن قلنا: المزارعة لازمة؛ لم تبطل بالإجارة، وإن قلنا: إنَّها غير لازمة؛ بطلت ولزمت المالك أجرة الفلَّاح).

---

(١) في (ب) و(د) و(ن): يقول.
(٢) (ص ٢١٠).
(٣) في (ب) و(و) و(ن): الآثار.
(٤) قوله: (عن الأرض) سقط من (أ).

ونصَّ أحمد في رواية صالح(١) فيمن استأجر أرضًا مفلوحة وشرط عليه أن يردَّها مفلوحة كما أخذها: أنَّ له أن يردَّها عليه كما شرط، ويُخرَّج مثل ذلك في المزارعة.

ومنها: المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها، ولو كان المال عرضًا، ولكنْ للمضارب بيعه بعد الفسخ لتعلُّق حقِّه بربحه، ذكره القاضي في «خلافه»[١]، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور(٢).

وذكر القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في باب الشَّركة: أنَّ المضارب لا ينعزل ما دام المال عرضًا، بل يملك التَّصرف حتَّى ينضَّ رأس المال، وليس للمالك عزله، وأنَّ هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل.

وذكرا في المضاربة: أنَّه ينعزل بالنِّسبة إلى الشِّراء دون البيع، وحمل صاحب «المغني» مطلق كلامهما في الشَّركة على هذا التَّقييد[٢]، ومعناه: أنَّ المضارَب بعد الفسخ يملك تنضيض المال، وليس للمالك

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو القول بالنِّسبة إلى الشِّراء دون البيع).

(١) لم نجده في المطبوع من مسائل صالح.

(٢) جاء في مسائل صالح (٦/ ٢٩٩٨): (قلت: قال سفيان في رجل أخذ مالًا مضاربةً، واشترى به بزًا، فقدم به، فقال صاحب المال: لا تبعه، وقال المضارب: أنا أبيعه، يُنْظَرُ، فإن كان فيه ربح، أُجْبِرَ صاحب المال على أن يبيع، وإن لم يكن فيه ربح لم يجبر. قال أحمد: هو كما قال).

منعه من ذلك إذا كان فيه ربح.

لكنَّ ابن عقيل صرَّح في موضع آخر: بأنَّ العامل لا يملك الفسخ حتَّى ينضَّ رأس المال؛ مراعاةً لحقِّ مالكه.

ثمَّ قال ابن عقيل: إذا قصد المالك بعزله الحيلة لاقتطاع الرِّبح؛ مثل أن يشتري متاعًا يرجو به الرِّبح في موسم، فيفسخ قبله ليقوِّمه[١] بسعر يومه ويأخذه؛ لم ينفسخ في حقِّ المضارَب في الرِّبح، وإذا جاء الموسم؛ أخذ حصَّته منه.

فجعل العقد باقيًا بالنِّسبة إلى استحقاق نصيبه من الرِّبح الذي أراد المالك إسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب؛ فهو كالفسخ بعد ظهور الرِّبح.

وقال ابن عقيل أيضًا في باب الجعالة: المضاربة كالجعالة، لا يملك ربُّ المال فسخها بعد تلبُّس العامل بالعمل. وأطلق ذلك.

وقال في «مفرداته»: إنَّما يملك المضارَب الفسخ بعد أن ينضَّ رأس المال، ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ؛ لئلَّا يتمادى به الزَّمان فتتعطَّل[٢] عليه الأرباح.

قال: (وهذا هو الأليق بمذهبنا، وأنَّه لا يحلُّ لأحد المتعاقدين في الشِّرَك والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه؛ لأنَّه ذريعة إلى غاية الإضرار، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح، ولهذا لا يملك

(١) في (أ): لتقوِّمه.

(٢) في (ب) و(د) و(ن): فيتعطَّل.

عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضًا، لكن إذا باعها(١) ونضَّ رأس المال؛ فسخ) انتهى.

وحاصله[١]: أنَّه لا يجوز للمضارب الفسخ حتَّى ينضَّ رأس المال ويُعْلِم به ربَّه؛ لئلَّا يتضرَّر بتعطيل ماله عن الرِّبح.

كما أنَّه ذكر في «الفصول»: أنَّ المالك لا يملك الفسخ إذا توجَّه المال إلى الرِّبح ولا يسقط به حقُّ العامل، وهو حسن جارٍ على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسدِّ الذَّرائع.

ولهذا قلنا: إنَّ المضارب إذا ضارب لآخر من غير علم الأوَّل، وكان عليه في ذلك ضرر؛ ردَّ حقَّه(٢) من الرِّبح في شركة الأوَّل، مع مخالفته لإطلاق الأكثرين أنَّه إذا فسخ قبل الظُّهور فلا شيء له.

وأمَّا ما ذكره في باب الجعالة؛ ففيه بُعد، إلَّا أن ينزَّل على مثل هذه الحال، مع أنَّ القاضي ذكر مثله أيضًا في باب الجعالة(٣).

ومنها: الشَّركة إذا فسخ أحدهما عقدها بالقول؛ انفسخت، وإن قال للآخر: عزلتك؛ انعزل المعزول وحده، ذكره القاضي، وتنفسخ مع كون المال عروضًا أو ناضًّا.

وحكى صاحب «التَّلخيص» رواية أخرى: لا ينعزل حتَّى ينضَّ

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: حاصل ما ذكره ابن عقيل في «مفرداته»).

---

(١) في (أ) و(ج): باعا.
(٢) في (أ): بحقه.
(٣) قوله: (مع أنَّ القاضي ذكر مثله أيضًا في باب الجعالة) سقط من (أ).

المال(١)؛ كالمضارب.

قال: (والمذهب الأوَّل)، وفرَّق بأنَّ الشَّريك وكيل، والرِّبح يدخل تبعًا، بخلاف حقِّ المضارب، فإنَّه أصليٌّ، ولا يظهر بدون البيع[١].

ومنها: الوكيل إذا وكَّله في فعل شيء، ثمَّ عزله وتصرَّف قبل العلم تصرُّفًا يوجب الضَّمان؛ فهل يضمنه الموكَّل؟ فيه وجهان مذكوران فيما إذا وكَّله في استيفاء القصاص ثمَّ عزله فاستوفاه قبل العلم، قال أبو بكر: لا ضمان على الوكيل[٢].

فمن الأصحاب من قال: لعدم تفريطه.

ومنهم من قال: لأنَّ عفو موكِّله لم يصحَّ؛ حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه، فهو كما لو عفى بعد الرَّمي.

قال أبو بكر: وهل يلزم الموكِّل الضَّمان؟ على قولين:

أحدهما: لا ضمان عليه[٣]، وَوُجِّه: بأنَّ عفوه لم يصحَّ كما ذكرنا، وبأنَّه محسن بالعفو؛ فلا يترتَّب عليه الضَّمان به.

والثَّاني: عليه الضَّمان؛ لأنَّه سلَّطه على قتل معصوم لا يعلم

---

[١] كتب في هامش (أ) و(ب) و(ج) و(و) و(ن): (وحكى الحلوانيُّ [زاد في (ج) و(ن): الكبير]: رواية أنَّه لا يجوز له عزل وكيله)، وزاد في (ن): (إلا بإذنه. من هامش النسخة المعتمدة).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) في (ب) و(و): رأس المال.

بعصمته؛ فكان الضَّمان عليه، كما لو أمر بالقتل من لا يعلم تحريمه فقتل؛ كان الضَّمان على الآمر.

وللأصحاب طريقة ثانية: وهي البناء على انعزال الوكيل قبل العلم، فإن قلنا: لا ينعزل؛ لم يصحَّ العفو، فيقع القصاص مستحَقًّا لا ضمان فيه.

وإن قلنا: ينعزل؛ صحَّ العفو وضمن الوكيل، كما لو قتل مرتدًّا كان[(١)] أسلم ولم يعلم به، وهل يرجع على الموكِّل؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع لتغريره.

والثَّاني: لا؛ لأنَّ العفو إحسان منه لا يقتضي الضَّمان[(٢)].

وعلى هذا؛ فالدِّية على عاقلة الوكيل عند أبي الخطاب؛ لأنَّه خطأ.

وعند القاضي في ماله؛ لأنَّه عمدٌ، وهو بعيدٌ.

وقد يقال: هو شبه عمد، كذا حكى صاحب «المغني»[١].

وللأصحاب طريقة ثالثة: وهي إن قلنا: لا ينعزل؛ لم يضمن الوكيل، وهل يضمن العافي؟ على وجهين؛ بناء على صحة عفوه، وتردُّدًا بين تغريره وإحسانه.

وإن قلنا: ينعزل؛ لزمته الدِّية، وهل يكون في ماله أو على عاقلته؟

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: هذه الطَّريقة الثَّانية).

---

(١) في (ب) و(د): وكان. وزاد في (د) و(هـ) و(ن): قد.

(٢) من هنا يبدأ السَّقط من النُّسخة (ب)، وقد تغيَّر خطُّ النَّاسخ بعدها، إلى قوله: (الحمد لله رب العالمين فيما تجوز).

على وجهين، وهذه طريقة أبي الخطَّاب وصاحب «التَّرغيب»، وزاد: وإذا قلنا: في ماله؛ فهل يرجع بها على الموكِّل؟ على وجهين.

ولو وكَّله في بيع شيء، أو وقفِه، أو في عتق عبد، ثمَّ عزَلَه، ثمَّ فعل ما وكِّل فيه قبل العلم بعزله؛ فإن قيل: لا ينعزل قبل العلم؛ فالتَّصرُّف صحيح، ولا كلام.

وإن قيل: ينعزل[١]؛ فالعقد باطل.

وكذلك وقف المشتري[٢] وعتقه.

وأمَّا استغلاله؛ فقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (لا يضمنه الوكيل؛ لانتفاء تفريطه، والمشتري مغرور، وفي تضمينه خلاف في المذهب، وإذا ضمن؛ رجع على الغارِّ على الصَّحيح، والغارُّ هنا لا ضمان عليه؛ فلا ضمان على واحد منهما) انتهى(١).

وعلى القول بضمان الوكيل في ماله في مسألة استيفاء القصاص من غير رجوع: قد يتوجَّه ضمان الوكيل هنا، وفيه بعد أيضًا؛ لأنَّ الضَّمان هنا لو وجب لوجب للغارِّ، والغارُّ من شأنه أن يَضْمَن لا أنَّ يُضمَن له.

وأمَّا المشتري؛ فهو شبيه بالمشتري من المشتري من الغاصب إذا لم يعلما بالغصب، والمعروف في المذهب تضمينه، لكن لا يمكن الرُّجوع هنا على الوكيل.

[١] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: من الوكيل).

(١) الاختيارات (ص ٢٠٩).

قاعدة [٦١]

المتصرُّف تصرُّفًا عامًّا على النَّاس كلِّهم من غير ولاية أحد معيَّن، وهو الإمام؛ هل يكون تصرُّفه عليهم بطريق الوكالة لهم، أو بطريق الولاية؟ في ذلك وجهان[١].

وخرَّج الآمدي روايتين؛ بناء على أنَّ خطأه هل هو على عاقلته أو في بيت المال؟

لأنَّا إذا جعلناه على عاقلته؛ فهو متصرف بنفسه.

وإن جعلناه على بيت المال؛ فهو متصرف بوكالتهم لهم وعليهم؛ فلا يضمن لهم، ولا يُهدَر خطؤه، فيجب في بيت المال.

واختيار القاضي في «خلافه»: أنَّه متصرف بالوكالة لعمومهم، وذكر في «الأحكام السُّلطانيَّة»(١) روايتين في انعقاد الإمامة بمجرَّد القهر من غير عقد. وهذا[٢] يَحسُن أن يكون أصلًا للخلاف في الولاية والوكالة أيضًا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: أنَّه بطريق الوكالة).

[٢] كتب على هامش (ن): (من كلام المؤلِّف).

---

(١) ينظر: الأحكام السلطانية ص ٢٣.

وينبني على هذا الخلاف[١] أيضًا: انعزالُه بالعزل، ذكره الآمديُّ، فإن قلنا: هو وكيل، فله أن يعزل نفسه.

وإن قلنا: هو والٍ؛ لم ينعزل بالعزل، كما أنَّ الرسول ليس له عزل نفسه، ولا ينعزل[٢] بموت من بايعه؛ لأنَّه وكيل عن الجميع لا عن أهل البيعة وحدهم.

وهل لهم عزله؟ إن كان بسؤاله[٣]، فحكمه حكم عزل نفسه، وإن كان بغير سؤاله؛ لم يجز بغير خلاف، هذا(١) ما ذكره القاضي وغيره.

وأمَّا من كان تصرُّفه مستفادًا من توليته؛ فإن كان نائبًا عنه كالوزير؛ فإنَّه كالوكيل له ينعزل بعزله وبموته، وإن كان نائبًا عن المسلمين كالأمير العامِّ؛ لم ينعزل بموت الإمام، ذكره القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة»(٢)[٤].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو أنَّ تصرُّف الإمام هل هو بطريق الوكالة أو الولاية؟).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الإمام).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: للعزل).

[٤] كتب في هامش (و): (اختار القاضي في «الخلاف»: أنَّ القضاة بالنِّسبة إلى الإمام كالوكلاء، قال: ولهذا يملك عزله في مسألة لوليّ المرأة أن يوكِّل في مسائل النِّكاح).

---

(١) زاد في (ج) و(و): هو ظاهر. وزاد في (ن): ظاهر.

(٢) ينظر: الأحكام السلطانية ص ٣٥.

فأمَّا القضاة؛ فهل هم نواب الإمام أو للمسلمين؟ فيه وجهان معروفان[١] ينبني عليهما جواز عزل الامام له وعزله لنفسه.

وظاهر كلام القاضي في «الأحكام»(١): أنَّ الخلاف مطرد في ولاية الإمارة العامة على البلاد وجباية الخراج.

وأمَّا نواب القاضي؛ فنوعان:

أحدهما: من ولايته خاصَّة؛ كمن فوض إليه سماع شهادة معينة أو إحضار المستعدي عليه؛ فهم كالوكلاء ينعزلون بعزله وموته.

والثَّاني: من ولايته عامَّة؛ كخلفائه وأمنائه على الأطفال ونوابِّه على القرى؛ فهل هم بمنزلة وكلائه، أو نوَّاب المسلمين فلا ينعزلون بموته؟ على وجهين ذكرهما الآمديُّ[٢]، وصحَّح صاحب «التَّرغيب»: عدم الانعزال.

وحكى ابن عقيل عن الأصحاب: أنَّهم ينعزلون[٣]؛ لأنَّهم نواب للقاضي، بخلاف القضاة فإنَّهم نواب للمسلمين، ولهذا يجب على

---

[١] كتب على هامش (ن): (أصحهما: أنَّهم نوَّاب المسلمين).

[٢] كتب في هامش (و): (في «المفردات» لابن عقيل: الحاكم ولايته للمسلمين في الجملة، وإذا ولَّى حاكمًا من قبله أو وكَّل وكيلًا كان نائبًا عنه فيما لا يخصُّه، بل نيابة عنه في المسلمين، سواء كانت ولايته خاصَّة أو عامَّة، انتهى).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهو المذهب).

---

(١) ينظر: الأحكام السلطانية ص ٣٦.

الإمام نصب القضاة، ولا يجب على القضاة الاستنابة.

ويجاب عنه: بأنَّ القضاء ليس بفرض كفاية على رواية، ولا يجب نصب قاضٍ بالكليَّة، وبأنَّ الوجوب لا يتعلَّق بمعيَّن، فلا أثر له في عدم نفوذ العزل، ولهذا من عنده ودائع أو عليه ديون خفيَّة، يجب عليه الوصيَّة عند الموت بأدائها، وله عزل الموصى إليه بذلك واستبداله.

وأمَّا المتصرِّف تصرُّفًا خاصًّا بتفويض من ليس له ولاية عامَّة فنوعان(١):

أحدهما: أن يكون المفوِّض له ولاية على ما يتصرَّف فيه؛ كوليِّ اليتيم وناظر الوقف[١]، فإذا عقد عقدًا جائزًا أو متوقَّع الانفساخ، كالشَّركة والمضاربة والوكالة وإجارة الوقف؛ فإنَّها لا تنفسخ بموته؛ لأنَّه متصرِّف على غيره لا على نفسه، وكذلك الوكيل إذا أذن له موكله أن يوكِّل؛ فيكون وكيله وكيلًا لموكِّله لا له.

والثَّاني: من يفوض حقوق نفسه؛ فهذه وكالة محضة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لم يتعرَّض المصنِّف لجواز عزل هذا المفوَّض، هل يجوز للمفوِّض أم لا؟ ولا تردُّد في جوازه؛ لأنَّه وكيل عنه بلا ريب).

---

(١) قوله: (فنوعان) سقطت من (أ).

قاعدة [٦٢]

فيمن ينعزل قبل العلم بالعزل.

المشهور[١]: أنَّ كلَّ من ينعزل بموت أو عزل، هل ينعزل بمجرَّد ذلك، أم يقف عزله على علمه؟ على روايتين.

وسواء في ذلك الوكيل وغيره، والإذن للزَّوجة والعبد فيما لا يملكانه بدون إذن إذا وجد بعده نهي لم يعلماه مخرَّج على الوكيل، ذكره القاضي.

وكذلك إذن المرتهن للرَّاهن في التَّصرُّف إذا منع منه قبل تصرُّف الرَّاهن ولم يعلم[٢].

ومن الأصحاب من فرَّق بين الوكيل وغيره.

ودخل في هذا صور:

منها: الحاكم إذا قيل بانعزاله، قال القاضي وأبو الخطَّاب: فيه الخلاف الَّذي في الوكيل[٣].

وفي «التلخيص»: لا ينعزل قبل العلم بغير خلاف، ورجَّحه الشَّيخ

---

[١] كتب على هامش (ن): (لم يظهر المشهور من قوله ما هو).

[٢] كتب في هامش (و): (أي: الرَّاهن بالمنع).

[٣] كتب على هامش (ن): (والصَّحيح: أنَّه لا ينعزل قبل علمه بالعزل).

تقي الدين(١)؛ لأنَّ في ولايته حقًّا لله، وإن قيل: إنَّه وكيل؛ فهو شبيه بنسخ الأحكام[١] لا يثبت قبل بلوغ النَّاسخ على الصَّحيح، بخلاف الوكالة المحضة، قال: وهذا هو المنصوص عن أحمد.

وأيضًا؛ فإن ولاية القاضي عامة؛ لما يترتَّب عليها من عموم العقود والفسوخ؛ فتعظم البلوى بإبطالها قبل العلم، بخلاف الوكالة.

ومنها: عقود المشاركات؛ كالشَّركة والمضاربة، والمشهور: أنَّها تنفسخ قبل العلم؛ كالوكالة.

وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق في المضاربة: أنَّها لا تنفسخ بفسخ المضارب حتَّى يعلم ربُّ المال.

ومنها: الوديعة، وقد ذكر القاضي في مواضع كثيرة من «خلافه»: أنَّ للمودِع فسخها بالقول في غيبة المودَع، وتنفسخ قبل علم المودَع بالفسخ، وتبقى في يده أمانة؛ كمن أطارت الرِّيح إلى بيته ثوبًا لغيره.

ثمَّ إنه ذكر في مسألة الوكالة: أنَّ الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول، وإنَّما تنفسخ بالرَّدِّ إلى صاحبها، أو بأن يتعدَّى المودَع فيها، فلو قال المودَع بمحضر ربِّ الوديعة أو في غيبته: فسخت الوديعة، أو أزلت نفسي عنها؛ لم تنفسخ قبل أن تصل إلى صاحبها، ولم يضمنها.

فإمَّا أن يكون هذا تفريقًا بين فسخ المودِع والمودَع، أو يكون

[١] قال ابن نصر الله ﷺ: لعلَّ وجه الشَّبه بينهما: ما فيهما من عموم حكمهما، بخلاف الوكالة.

(١) ينظر: الاختيارات ص ٢٠٩.

اختلافًا منه في المسألة، والأوَّل أشبه؛ لأنَّ فسخ المودِع إخراج للمودَع عن الاستحفاظ وهو يملكه، وأمَّا المودَع؛ فليس له فيها تصرُّف سوى الإمساك والحفظ؛ فلا يصحُّ أن يرفعه مع وجوده.

ويلتحق بهذه القاعدة:

قاعدة أخرى [٦٣]

وهي: أنَّ من لا يعتبر رضاه بفسخ عقد أو حَلِّه؛ لا يعتبر علمه به.

ويندرج تحت ذلك مسائل:

منها: الطَّلاق.

ومنها: الخلع؛ فإنَّه يصحُّ مع الأجنبي على المذهب، سواء قيل: هو فسخ أو طلاق.

ولنا وجه آخر: أنَّه لا يصحُّ مع الأجنبي إذا قلنا: إنه فسخ؛ كالإقالة.

والصَّحيح خلافه؛ لأنَّ فسخ البيع اللَّازم لا يستقل به أحد المتبايعين، بخلاف النكاح؛ فإن الزوج يستقل بإزالته بالطلاق.

ومنها: العتق، ولو كان على مال نحو: أعتق عبدك وعلَّي ثمنه.

ومنها: فسخ المعتَقة تحت عبد.

ومنها: فسخ المبيع المعيب والمدلس، وكذلك الإجارة.

ومنها: فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر، وقد سبقت.

ومنها: الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القاضي والأكثرين.

وخرَّج أبو الخطاب فيه وجهًا آخر: أنَّه لا ينفسخ إلَّا أن يبلغه في المدة من عزل الوكيل، وفيه نظر، فإنَّ من له الخيار يتصرَّف بالفسخ لنفسه.

وهذه الفسوخ على ضربين:

أحدهما: ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به؛ فلا يتوقف الفسخ به على حاكم؛ كسائر ما ذكرنا.

والثَّاني: ما هو مختلف فيه؛ كالفسخ بالعنَّة والعيوب وغيبة الزَّوج ونحو ذلك؛ فيفتقر إلى حكم حاكم؛ لأنَّها أمور اجتهاديَّة، فإن كان الخلاف ضعيفًا يسوغ نقض الحكم به؛ لم يفتقر الفسخ به إلى حاكم.

ويتفرَّع على ذلك:

أخذ بائع المفلس سلعته إذا وجدها بعينها، وفيه وجهان بناء على نقض الحكم بخلافه، والمنصوص عن أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد: أنَّ له ذلك[١].

وكذلك تزوُّج امرأة المفقود؛ فإنَّ في توقُّف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين، قال في رواية ابن منصور(١): (تتزوَّج وإن لم تأت السُّلطان، وأحبُّ إليَّ أن تأتيه)، ولعله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ؛ لأنَّه إجماع عمر والصَّحابة(٢).

---

[١] كتب في هامش (ن): (أي: لبائع المفلس أخذ سلعته بعد حكمه).

---

(١) (٤/١٦٤٦).

(٢) أخرج عبد الرزاق (١٢٣١٧)، وابن أبي شيبة (١٦٧٢٣)، عن ابن المسيب: «أن عمر وعثمان قضيا في المفقود: أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرًا بعد =

ورجَّح الشيخ تقي الدين: أنَّ جميع الفسوخ لا تتوقَّف على حاكم[١].

= ذلك، ثم تزوج، فإن جاء زوجها الأول خُيِّر بين الصداق وبين امرأته»، وصححه ابن حزم وابن حجر. ينظر: المحلى ٩/ ٣١٩، فتح الباري ٩/ ٤٣١.

(١) ينظر: الاختيارات ص٣٢٠، الفتاوى الكبرى ٣/ ٩١.

قاعدة [٦٤]

من توقَّف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحنث عنه على الإذن، فتصرَّف قبل العلم، ثمَّ تبين أنَّ الإذن كان موجودًا؛ هل يكون كتصرُّف المأذون له أو لا؟

في المسألة وجهان، يتخرَّج عليهما صور:

منها: لو تصرَّف في مال غيره بعقد أو غيره، ثمَّ تبيَّن أنَّه كان أذن له في التَّصرُّف؛ فهل يصحُّ أم لا؟ فيه وجهان.

ومنها: لو قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، ثمَّ أذن لها ولم تعلم بإذنه، فخرجت؛ فهل تطلق؟ فيه وجهان، أشهرهما وهو المنصوص: أنَّها تطلق؛ لأنَّ المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاقَّة والمخالفة، فإنَّها أقدمت على ذلك، ولأنَّ الإذن هنا إباحة بعد حظر؛ فلا يثبت في حقِّها بدون علمها؛ كإباحة الشَّرع.

ولأبي الخطاب في «الانتصار» طريقة ثانية: وهي أنَّ دعواه الإذن غير مقبولة، لوقوع الطَّلاق في الظَّاهر، فلو أشهد على الإذن؛ لنفعه ذلك ولم تطلق، وهذا ضعيف[١].

---

[١] كتب هي هامش (هـ): (الظاهر أن وجه ضعفه لكونها لم تعلم، وفرق بين [..] أم لا، بخط عبد الله بن عبد [...].

ومنها: لو أذن البائع للمشتري في مدَّة الخيار في التصرف، فتصرف بعد الإذن وقبل العلم؛ فهل ينفذ أم لا؟ يتخرَّج على الوجهين في التَّوكيل وأولى.

وجزم القاضي في «خلافه»: بعدم النُّفوذ.

ومنها: لو غصب طعامًا من إنسان، ثمَّ أباحه له المالك، ثمَّ أكله الغاصب غير عالم بالإذن؛ ضمن، ذكره أبو الخطاب في «الانتصار»، وهو بعيد جدًّا.

والصَّواب: الجزم بعدم الضَّمان؛ لأنَّ الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون؛ كمن وطئ امرأة يظنها أجنبيَّة، فثبتتْ(١) زوجته؛ فإنَّه لا مهر عليه، ولا عبرة باستصحاب أصل الضَّمان مع زوال سببه، كما أنَّه لو أكل في الصوم يظن أنَّ الشَّمس لم تغرب، فتبيَّن أنها كانت غربت؛ فإنَّه لا يلزمه القضاء.

(١) في (ج) و (ن): فتبيَّنت.

ويلحق بهذه قاعدة أخرى [٦٥]

وهي من تصرَّف في شيء يظنُّ أنَّه لا يملكه؛ فتبيَّن أنَّه كان يملكه، وفيها الخلاف أيضًا.

ويندرج تحتها صور:

منها: لو باع مال أبيه بغير إذنه، ثمَّ تبيَّن أنَّ أباه كان قد مات ولا وارث له سواه، وفي صحَّة تصرُّفه وجهان[١]، ويقال: روايتان[٢].

ومنها: لو طلَّق امرأةً يظنُّها أجنبيَّة، فتبيَّنت زوجته؛ ففي وقوع الطلاق روايتان[٣]، وبناهما أبو بكر على أنَّ الصَّريح هل يحتاج إلى نية أم لا؟

---

[١] كتب في هامش (ن): (أظهرهما: عدم الصحة؛ لأنه كالهازل، وبيع الهازل باطل في المشهور كما يأتي)، وعلق عليه آخر: (والذي في التلخيص: فإن باع ملك مورثه على ظن أنه حي فبان ميتًا؛ صح البيع على أظهر الوجهين).

[٢] كتب في هامش (ن): (وكذا لو وكل وكيلًا في شراء شيء، ثم باعه ظانًّا أن وكيله لم يشتره بعدُ، فتبين أنه كان قد اشتراه).

[٣] كتب في هامش (ن): (أظهرهما: وقوعه؛ لأنه كالهازل، وطلاق الهازل صحيح).

قال القاضي: إنما هذا الخلاف في صورة الجهل بأهليَّة المحلِّ، ولا يطَّرد مع العلم به.

ومنها: لو لقي امرأة في الطريق، فقال: تنحَّي يا حرة، فإذا هي أمته، وفيها الخلاف أيضًا، ونصَّ أحمد على ذلك(١).

وفي «المغني» احتمالٌ بالتَّفريق؛ لأن هذا يقال كثيرًا في الطَّريق ولا يراد به العتق.

وهذا مع إطلاق القصد، فأمَّا إن قصد به المدح بالصِّفة ونحوها؛ فليست من المسألة بشيء.

ويتنزَّل الخلاف في هذا: على أنَّ الرِّضا بغير المعلوم، هل هو رضًا معتبر؟ والأظهر عدم اعتباره.

ومنها: لو أبرأه عن مائة درهم مثلًا، معتقدًا أنَّه لا شيء له عليه، ثمَّ تبين أنَّه كان له في ذمَّته مائة(٢)، وفيها الوجهان[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (ويتوجَّه: أنَّ الأظهر صحَّة الإبراء؛ لأنَّ البراءة تصحُّ مع الجهل بمقدار المُبْرَأ منه، فيتوجَّه منه: أنَّ العلم بثبوت المبرَأ منه في الذِّمَّة غير معتبر).

---

(١) جاء في الروايتين والوجهين (٢/ ١٦٥): (نقل المروذي في رجل لقي امرأة في الطريق، فقال لها: تنحي يا حرة، فإذا هي أمته؛ عتَقَت عليه. قال أبو بكر: قد أطلق القول في رواية المروذي بالعتق من غير نية، وقد نص على اعتبار النية في رواية مهنَّى، وعليه العمل، قال: لأنه لا خلاف أنه إذا أراد أن يقول لزوجته أو لأمته: اسقيني ماء، فسبق لسانه فقال: أنت طالق أو أنت حرة؛ لم يقع الطلاق والعتاق، وكذلك ههنا).

(٢) زاد في (ج) و(د) و(و) و(ن): درهم. وضُرب عليها في (أ).

ومنها: لو جرحه جرحًا لا قصاص فيه، فعفا عن القصاص وسرايته، ثمَّ سرى إلى نفسه؛ فهل يسقط القصاص؟ يخرَّج على الوجهين، أشار إلى ذلك الشَّيخ مجد الدين في «تعليقه على الهداية»، وبناه على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدِّية؟

وجزم القاضي وغيره: بأنَّه لا يصحُّ العفو ههنا.

ومنها: لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزَّمان المعتبر، ثم تبين أنَّه كان ميتًا قبل ذلك بمدَّة تنقضي فيها العدة، أو أنَّه كان طلقها؛ ففي صحَّة النِّكاح الوجهان، ذكره القاضي.

ورجَّح صاحب «المغني» عدم الصَّحة هنا؛ لفقد شرط النكاح في الابتداء، كما لو تزوجت المرتابة قبل زوال الريبة[١].

ومنها: لو أمره غيره بإعتاق عبد يظنُّ أنَّه للآمر، فتبين أنه عبده؛ ففي «التَّلخيص»: يحتمل تخريجه على من أعتق عبدًا في ظلمة ثمَّ تبين أنه عبده، لكن يرجع هنا على الآمر بالقيمة؛ لتغريره له.

ويحتمل ألَّا ينفذ؛ لتغريره، بخلاف ما إذا لم يغرُّه أحد؛ فإنَّه غير معذور، فينفذ عتقه لمصادفته ملكه، إذ المخاطبة بالعتق لعبد غيره شبيه بعتق الهازل والمتلاعب؛ فينفذ، وكذا في الطَّلاق.

ونظير هذه في الطَّلاق: أن يوكله رجل في تطليق زوجته، ويشير إلى امرأة معينة، فيطلقها ظنًّا أنَّها امرأة الموكِّل، ثمَّ تبين أنها امرأته.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومنها: لو زوَّج أمة أبيه على ظنٍّ أنَّه حيٌّ فبان ميِّتًا؛ ففي صحَّة النِّكاح الخلاف).

وقد تُخرَّج هذه المسألة على مسألة: ما إذا نادى امرأة له(١)، فأجابته امرأته الأخرى، فطلَّقها ينوي المناداة؛ فإنَّه تطلق المناداة وحدها، ولا تطلق المواجهة في الباطن، وفي الظَّاهر روايتان؛ فعلى هذا لا تطلق الموكَّل في طلاقها ههنا[١].

وقد يُفرَّق بينهما: بأنَّ الطَّلاق هنا انصرف إلى جهة مقصودة، فلم يحتج إلى صرفه إلى غير المقصود وإن كانت مواجهة به، بخلاف ما إذا لم يكن هناك جهة سوى المواجهة؛ فإنَّ الطلاق يصير بصرفه عنها هزلًا ولعبًا، ولا هزل في الطَّلاق[٢].

ومنها: لو اشترى آبقًا يظنُّ أنَّه لا يقدر على تخليصه، فبان

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: «فعلى هذا لا تطلق الموكَّل في طلاقها» فيه نظر، بل الظَّاهر: أنَّ الصَّواب على هذا أنَّها تطلق؛ كما تطلق المناداة دون المواجهة).

[٢] كتب على هامش (ن): (كلُّ واحدة من مسألتي المناداة ومسألة التَّوكيل، لها جهة مقصودة وجهة مواجهة فلا فرق)، وكتب أيضًا: (قال السُّبكيُّ في هذه القاعدة: قال في قواعد ابن عبد السَّلام: ومنها ارتكب كبيرة في ذهنه؛ كما لو وطئ زوجته يظنُّها أجنبيَّة، قال الشَّيخ عزُّ الدِّين: تجري عليه أحكام الفاسقين لجرأته، ولا يعذَّب تعذيب زانٍ، قلت: قد صرَّح علماء الحنابلة بهذا المعنى في عدَّة مسائل، قالوا: لو اقتدى بشخص ظانًّا كفره أو حدثه فبان خلافه؛ أن عليه الإعادة).

(١) في (أ): (فإن الأظهر هنا أنَّه لا ينفذ، ولهذا إذا نادى ...) وضُرب على أول الجملة.

بخلافه[١]؛ ففي صحَّة العقد وجهان؛ لاعتقاده فقد شرط الصِّحَّة، وهو موجود في الباطن.

وفي «المغني» احتمال ثالث: بالفرق بين من يعلم أنَّ البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع فيفسد البيع في حقِّه؛ لأنَّه متلاعب، وبين من لا يعلم ذلك؛ فيصحُّ؛ لأنَّه لم يقدم على ما يعتقده باطلًا، وقد تبيَّن وجود شرط صحَّته.

وهذا تبيُّنٌ(١) أنَّ للمسألة التفاتًا إلى مسألة بيع الهازل، والمشهور بطلانه، وهو قول القاضي، وقال أبو الخطاب في «انتصاره»: هو صحيح. وهذا[٢] يرجِّح وجه بطلان البيع في المسائل المبدوء بها.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وكذا لو كان الظَّنُّ في جانب البائع، بأن باع عبده على ظنِّ أنَّه آبق أو مكاتب، فبان قد رجع وفسخ الكتابة).

[٢] كتب على هامش (ن): (الإشارة لهذا إلى الالتفات المذكور، لا إلى قول أبي الخطَّاب).

---

(١) في (ج) و (ن): يُبيِّن.

قاعدة [٦٦]

ولو تصرَّف مستندًا إلى سبب، ثمَّ تبيَّن خطؤه[١]**، وأنَّ السَّبب المعتمد غيره وهو موجود، فهو نوعان:**

أحدهما: أن يكون الاستناد إلى ما ظنَّه صحيحًا أيضًا؛ فالتَّصرف صحيح[٢]، مثل: أن يستدلَّ على القبلة بنجم يظنُّه الجدي، ثمَّ تبيَّن أنه نجم آخر مسامِتُه.

والثَّاني: ألَّا يكون ما ظنه مستنَدًا مُستَنَدًا صحيحًا، مثل: أن يشتري شيئًا ويتصرف فيه، ثم تبين أن الشراء كان فاسدًا، وأنَّه ورث تلك العين.

فإن قلنا في القاعدة الأولى بالصِّحة؛ فهنا أولى.

وإن قلنا ثَمَّ بالبطلان؛ فيحتمل هنا الصِّحَّة؛ لأنَّه استند إلى سبب مسوِّغ، وكان في نفس الأمر له مسوغ غيره؛ فاستند التصرف إلى مسوغ في الباطن والظاهر، بخلاف القسم الَّذي قبله، ذكره الشيخ تقي الدين رَحِمَهُ اللَّهُ[٣].

---

(١) زاد في (ج)و(د) و(هـ) و(و) و(ن): فيه.

(٢) زاد في (د) و(هـ): (مثل أن يتطهر مِن حدثٍ يظنه ريحًا ثم تبين أنه نوم)، وضُرب عليها في (أ).

(٣) ينظر مجموع الفتاوى ٢٩/ ٤١١-٤١٢.

والمذهب ههنا الصِّحَّة بلا ريب؛ لأنَّ أصحابنا اختلفوا فيما إذا وُهِب[(١)] المغصوب من غاصبه وأقبضه إيَّاه، هل يبرأ به أم لا؟ وحكى ابن أبي موسى فيه روايتين، والمشهور: أنَّه لا يبرأ، نص عليه أحمد معلِّلًا أنَّه يحمل منَّته، وربَّما كافأه على ذلك.

واختار القاضي في «خلافه» وصاحب «المغني»: أنه يبرأ؛ لأن المالك تَسلَّمه تسلُّمًا تامًّا وعادت سلطنته إليه، فبرئ الغاصب، بخلاف ما إذا قدَّمه إليه فأكله؛ فإنَّه أباحه إياه، ولم يُملِّكه إيَّاه، فلم يعد إلى سلطنته وتصرُّفه، ولهذا لم يكن له التَّصرُّف فيه بالبيع والهبة، وهذا اتِّفاقٌ من أحمد وأصحابه على أنَّ تصرُّفات المالك تعود إليه بعود ملكه على طريق الهبة من الغاصب، وهو لا يعلم بالحال.

(١) زاد في (ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): الغاصب.

قاعدة [٦٧]

من استحقَّ من شخص الرُّجوع بعين أو دين، بفسخ أو غيره، وكان قد رجع إليه ذلك الحقُّ بهبة أو إبراء ممَّن يستحقُّ عليه الرُّجوع؛ فهل يستحقُّ الرُّجوع عليه ببدله(١) أم لا؟

في المسألة وجهان، ولها صور:

منها: إذا باع عينًا، ثمَّ وهب ثمنها للمشتري أو أبرأه منه، ثمَّ بان بها عيب يوجب الرَّدَّ؛ فهل له ردُّها والمطالبة بالثمن أم لا؟ على وجهين.

وكذا لو أبرأه من بعض الثمن، فهل له المطالبة بقدر ما أبرأه منه؟ على الوجهين.

واختار القاضي في «خلافه»: أنَّه إذا ردَّه؛ لم يرجع عليه بشيء ممَّا أبرأه منه.

ويتخرَّج التفريق بين الهبة والإبراء؛ فيرجع في الهبة دون الإبراء، وسنذكر أصله.

ولو ظهر المبيع معيبًا بعد أن تعيَّب عنده؛ فهل له المطالبة بأرش العيب؟ فيه طريقان:

---

(١) قوله: (ببدله) مثبتة في (ج) و (ن)، و (و)، وفي (أ) ذكرها في الهامش وأشار إلى أنها حاشية.

أحدهما: تخريجه على الخلاف في ردِّه.

والآخر: يُمنع المطالبة هنا وجهًا واحدًا، وهو اختيار ابن عقيل؛ لأنَّه صار معه تبرعًا؛ فلا يملك المطالبة بزيادة عليه؛ لئلَّا تجتمع له المطالبة بالثَّمن وبعض الثَّمن، بخلاف ما إذا ردَّه، فإنَّه لا يجتمع له ذلك.

ومنها: لو تقايلا العين بعد هبة ثمنها أو الإبراء منه.

ومنها: لو أصدق زوجته عينًا، فوهبتها منه، ثمَّ طلقها قبل الدُّخول؛ فهل يرجع عليها ببدل نصفها؟ على روايتين.

فإن قلنا: يرجع؛ فهل يرجع إذا كان الصداق دينًا فأبرأته منه؟ على وجهين، أصحُّهما: لا يرجع؛ لأنَّ ملكه لم يَزُل عنه[١].

ومنها: لو كاتب عبده، ثمَّ أبرأه من دين الكتابة وعَتَق؛ فهل يستحقُّ المكاتب الرُّجوع عليه بما كان له عليه من الإيتاء الواجب أم لا؟ من الأصحاب من خرَّجها على الخلاف، وضعَّف صاحب «المغني» ذلك؛ لأنَّ إسقاطه عنه يقوم مقام إيتائه، ولهذا لو أسقط عنه القدر الواجب إيتاؤه واستوفى الباقي؛ لم يلزمه أن يؤتيه شيئًا.

وأيضًا؛ فالسَّيد أسقط عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه إيَّاه؛ فقام مقام الإيتاء، بخلاف إسقاط المرأة الصَّداق قبل الطلاق.

ومنها: لو شهد شاهدان بمالٍ لزيد على عمرو، ثمَّ رجعا وقد قبضه

[١] كتب على هامش (ن): (ومن فروعها: لو أبرأت الزَّوجة زوجها من كسوة سنة في أوَّلها، ثمَّ أبانها في أثناء السَّنة، فهل يرجع عليها بقسط ما بقي من السَّنة؟ يتخرَّج فيها كما لو أبرأته من صداقها، ثمَّ طلَّقها قبل الدُّخول).

زيد من عمرو، ثمَّ وهبه له؛ لم يسقط عنهما الضَّمان.

ولو كان دينًا فأبرأه منه قبل قبضه، ثمَّ رجعا؛ لم يلزمهما شيء، ذكره القاضي في «خلافه»، ولم يخرِّجه على الخلاف في المسائل الأولى؛ لأنَّ الضَّمان لزمهما بوجود التَّغريم، وعود العين إلى الغارم من المحكوم له بهبة لا توجب البراءة، كما لا يبرأ الغاصب بمثل ذلك في الرَّدِّ إلى المغصوب منه؛ لتحمُّل منَّته.

نعم، يتخرَّج القول بسقوط الضَّمان هنا إذا قلنا ببراءة الغاصب بإعادة المال إلى المغصوب منه هبة؛ لأنَّهما اعترفا بأنَّه قبضه عدوانًا، ثمَّ ردَّه إليه هبة، وأمَّا إذا أبرأه منه قبل القبض؛ فلم يترتَّب على شهادتهما غُرْمٌ؛ فلذلك سقط عنهما الضَّمان.

ومنها: لو قضى الضَّامن الدَّين، ثمَّ وهبه الغريم ما قضاه بعد قبضه، فهل يرجع على المضمون عنه؟

ظاهر كلام الأصحاب: أنَّه لا يرجع[١]، ولهذا قالوا: لو قضى الدَّين بنقيصة(١)[٢] لم يرجع إلَّا بما قضى، وجعلوه كالمقرض(٢) لا

[١] كتب على هامش (ن): (صرَّح الأصحاب بالمسألة في قوله: وهبتك الحقَّ. من هامش النُّسخة المعتمدة).

[٢] كتب على هامش (هـ): (لعلَّه ببعضه).

(١) في (أ): بقبضه.

(٢) في الأصل: (كالمقترض)، والمثبت من (ج) و(ن) و(هـ) و(و).

يرجع إلَّا بما غرم، لكنَّ هذا في الإبراء والمسامحة ظاهر، فأمَّا إذا قضى الدَّين بكماله، ثمَّ وهبه الغريم منه؛ فلا يبعد تخريجه على الوجهين.

قاعدة [٦٨]

إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما[١] مع الشَّكِّ في شرط صحَّتها؛ هل يجعلها كالمعلَّقة على تحقُّق ذلك الشَّرط أم لا؟

وهي نوعان:

أحدهما: ما يشترط فيه النِّيَّة الجازمة[٢]، فلا يصحُّ إيقاعه بهذا التردد، ما لم يكن الشَّكُّ غلبة ظنٍّ فيكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد؛ كغلبة الظن بدخول الوقت، وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك[٣].

ومن أمثلة ذلك[٤]: ما إذا صلى يظنُّ نفسه محدثًا[٥]؛ فتبين متطهرًا[٦].

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: «أو غيرهما» يشير به إلى نحو الطَّلاق واليمين والاختصاص).

[٢] كتب على هامش (ن): (لو قيل: «الجزم بتحقق شرطه» كان أولى و أعم).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: فلا يصحُّ؛ لاشتراط الجزم بكونه متطهِّرًا، أو استصحاب حالة التَّحريم).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: هذا النَّوع).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: مع احتمال أنَّه متطهِّر).

[٦] كتب على هامش (ن): (أي: فلا يصحُّ؛ لاشتراط الجزم بكونه متطهِّرًا أو استصحاب حالة الجزم).

ومنها: ما لو شكَّ هل ابتدأ مدَّة مسح الخفين في السَّفر أو الحضر؟ فمسح يومًا آخر بعد انقضاء مدَّة الحضر، ثمَّ تبيَّن أنَّه ابتدأها في السفر؛ لزمه إعادة الصَّلاة للشَّكِّ.

وهل يلزمه إعادة الوضوء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه، وبه جزم في «المغني»؛ لأنَّ الوضوء يصحُّ مع الشَّكِّ في سببه؛ كمن شكَّ في الحدث، فتوضَّأ ينوي رفعه، ثمَّ تبيَّن محدثًا.

والثَّاني: يلزمه؛ لأنَّ المسح رخصة ولم تتحقَّق إباحتها؛ فلم تصحَّ؛ كمن قصر وهو يشكُّ في جواز القصر.

ومنها: لو توضَّأ من إناء مشتبه، ثمَّ تبيَّن أنه طاهر؛ لم تصحَّ طهارته في المشهور.

وقال القاضي أبو الحسين: تصحُّ. وهو يرجع إلى أنَّ الجزم بصحة الوضوء[١] لا يشترط كما سبق.

ومنها: لو توضَّأ شاكًّا في الحدث، أو صلَّى مع غلبة ظنِّه بدخول الوقت، ونوى الفرض إن كان محدثًا أو الوقت قد دخل، وإلَّا فالتَّجديدَ أو النَّفلَ؛ فذكر ابن عقيل: أنَّه يجزئه؛ لأنَّ هذا حكمه ولو لم ينوه، فإذا نواه لم يضرَّه.

ومنها: لو كان له مال حاضر وغائب، فأدَّى زكاةً ونوى أنَّها عن الغائب إن كان سالمًا، وإلَّا فتطوع، فبان سالمًا؛ أجزأه؛ لما ذكرنا.

[١] كتب على هامش (ن): (لو قيل: بسبب الوضوء، أو بشرطه؛ كان أوفق).

وحكي عن أبي بكر[١]: أنَّه لا يجزئه؛ لأنَّه لم يخلص النية للفرض.

ويخرَّج منه وجه في الَّتي قبلها: أنَّها لا تصحُّ، وأولى؛ لأنَّه هناك لم يبن على أصل مستصحب، ولكنَّه بنى على غلبة ظنٍّ بدخول الوقت، وهو يكفي في صحَّة الصَّلاة.

ومنها: إذا نوى ليلة الشَّكِّ: إن كان غدًا من رمضان فهو فَرْضِي، وإلَّا فهو نفل؛ فهل يجزئه عن رمضان إن وافق؟ يُبنى على أنَّ نية التَّعيين؛ هل تشترط لرمضان؟

فإن قلنا: تشترط، وهو المشهور في المذهب؛ لم يجزئه؛ لأنَّه لم يجزم بالتَّعيين، ولم يبن على أصل مستصحب يجوز الصِّيام فيه، بخلاف مسألة الزَّكاة.

وهذا بخلاف ما لو نوى ليلة الثَّلاثين من رمضان: إن كان غدًا من رمضان فأنا صائم عنه، وإلَّا فأنا مفطر؛ فإنَّه يصحُّ صيامه في أصحِّ الوجهين؛ لأنَّه بنى على أصل لم يثبت زواله، ولا يقدح تردُّده؛ لأنَّه حكمُ صومِهِ مع الجزم.

والثَّاني: وهو قول أبي بكر: لا يجزئه للتردُّد.

ونقل صالح عن أبيه: أنَّه تجزئه النِّيَّة المتردِّدة مع الغيم دون الصَّحو؛ لأنَّ الصوم مع الغيم لا يخلو من تردُّد ينافي الجزم، فإذا تردَّد في النِّيَّة؛ فقد نوى حكم الصَّوم، فلا يضرُّه، بخلاف حالة الصَّحو؛ فإنَّه

(١) في (أ): ابن أبي بكر.

لا يحتاج فيها إلى التَّردُّد.

والنَّوع الثَّاني: ما لا يحتاج إلى نيَّة جازمة، فالصَّحيح فيه[(١)] الصِّحَّة.

وقد سبق من أمثلته: إذا نكحت امرأة المفقود قبل أن يجوز لها النكاح، ثم تبين أنَّه كان جائزًا؛ ففي الصِّحَّة وجهان.

ومنها: لو كان له عند رجل دنانير وديعة، فصارفه عليها وهو يجهل بقاءها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول القاضي في «المجرد»: لا تصحُّ؛ لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهي في الذِّمَّة، ولا حاضرة فتكون مصارفةَ عينٍ[(٢)].

والثَّاني: وهو قول ابن عقيل: أنَّه يصح؛ لأنَّ الأصل بقاؤها، فصار كبيع الحيوان الغائب بالصِّفة؛ فإنَّه يصحُّ مع احتمال تلفه؛ لأنَّ الأصل بقاؤه[(٣)].

فقال ابن عقيل: فإن كانت باقية تقابضا، وصحَّ العقد، وإن كانت تالفة؛ تبيَّن بطلان العقد.

وهذا الَّذي قاله صحيح إذا تلفت[(٤)] بغير تفريط، فأمَّا إن تلفت تلفًا

(١) في (أ): ففيه.
(٢) في (ج) و (ن) و (و): على عين.
(٣) في (أ): بقاؤها.
(٤) في (أ): تلف.

مضمونًا في الذِّمَّة؛ فينبني على تعيين النقود بالتَّعيين، فإن قلنا: يتعيَّن؛ لم يصح العقد، وإلَّا صحَّ، وقامت الدنانير الَّتي في الذِّمَّة مقام الوديعة، إلَّا على الوجه الَّذي يشترط فيه للصَّرف التَّعيين؛ فلا يصحُّ على ما في الذِّمَّة.

ومنها: لو وكَّله في شراء جارية، فاشتراها له، ثمَّ جحد الموكِّل الوكالة، فأراد الوكيل أن يشتريها منه، فلم يعترف بالملك، ثمَّ قال له: إن كنت أذنت لك في شرائها، فقد بعتكها؛ فهل يصحُّ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنَّ البيع لا يصحُّ تعليقه[١]، وهو قول القاضي وابن عقيل.

والثَّاني: يصحُّ، ذكره في «الكافي» احتمالًا؛ لأنَّه تعليق على شرط واقع يعلمانه، فلا يؤثِّر ذكره في العقد، كما لو قال: بعتك هذه إن كانت جارية، ويشهد له نصُّ أحمد في رواية ابن منصور بصحَّة بيع الغائب إن كان سالمًا(١)، فإن هذا مقتضى إطلاق العقد؛ فلا يضرُّ تعليق البيع عليه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وقد تقدَّم في القاعدة الثَّالثة والأربعين في المقبوض على وجه السَّوم أنَّه يحتمل أوجهًا؛ أحدها: أنَّه بيع معلَّق على شرط، وأن أحمد فعله بنفسه حين دفع نعله إلى بحر البقَّال باليمن، وقال له: يا بحر لك عندي درهم، خذ هذا النَّعل، فإن بعثنا لك بالدَّراهم من صنعاء، وإلَّا فالنَّعل بالدِّرهم، أرضيت؟ قلت: نعم، ومضى).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٢٢): قلت: سئل سفيان عن رجل من أهل القرى، جاء، فاشتريت منه طعامًا، ولم أر الطعام، ونقدته الثمن؟ فلم ير بذلك =

ومنها: الرجعة في عقد نكاح شكَّ في وقوع الطلاق فيه.

قال أصحابنا: هي رجعة صحيحة رافعة للشَّكِّ، وهذه المسألة الَّتي أفتى فيها شريك بأنَّه يطلق ثمَّ يراجع.

ومأخذه: أنَّ الرَّجعة مع الشَّكِّ في الطلاق يصيِّرها كالمعلقة على شرط، ولا يصحُّ تعليقها؛ فلا يصحُّ تمثيل قوله بمن شكَّ في نجاسة ثوبه، فأمر بتنجيسه، ثمَّ يغسله.

ولذلك لم يصب من أدخل قوله في «أخبار المغفَّلين»؛ فإنَّ مأخذه في ذلك خفي عنه.

فأمَّا الرَّجعة مع الشَّكِّ في حصول الإباحة بها؛ كمن طلَّق وشكَّ: هل طلَّق ثلاثًا أو واحدة، ثم راجع في العدة؛ فيصح عند أكثر أصحابنا؛ لأنَّ الأصل بقاء النكاح، وقد شكَّ في انقطاعه، والرَّجعة استبقاء له؛ فيصح مع الشَّكِّ في انقطاعه.

وعند الخرقيِّ: لا يصح؛ لأنَّه قد تيقن سبب التَّحريم، وهو الطلاق، فإنه إن كان ثلاثًا؛ فقد حصل التَّحريم بدون زوج وإصابة، وإن كان واحدة؛ فقد حصل به التَّحريم بعد البينونة بدون عقد جديد؛ فالرَّجعة في العدَّة لا يحصل بها الحلُّ إلَّا على هذا التَّقدير فقط؛ فلا

= بأسًا، ولكن لا يسمي أجلًا، فإذا رأيته، فأنت بالخيار، ولا نرى للبائع أن يحرك الثمن، حتى ينظر أيرضى المشتري أم لا. قال أحمد: لا يحرك الثمن كما قال، والبائع مالك بعد، ما لم يكتله المشتري، فإن ربح في الثمن شيئًا؛ فالربح للمشتري).

يزيل الشَّكَّ مطلقًا، فلا يصحُّ؛ لأنَّ تيقُّن سبب وجود التَّحريم مع الشَّكِّ في وجود المانع منه؛ يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع[1]؛ فيستصحب حكم السبب كما يعمل بالحكم، ويلغى المانع المشكوك فيه كما يلغى مع تيقُّن وجود حكمه.

وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخرقيِّ وتعليله؛ بأنَّه تيقَّن التَّحريم، وشكَّ في التَّحليل، وظنوا أنَّه يقول بتحريم الرَّجعية، وليس بلازم؛ لما ذكرنا.

ومنها: لو حكم الحاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أنَّ الحقَّ في غيره؛ أثم وعصى بذلك، ولم ينقض حكمه إلَّا أن يكون مخالفًا لنصٍّ صريح، ذكره ابن أبي موسى.

وقال السَّامريُّ: بل ينقض حكمه؛ لأنَّ شرط صحَّة الحكم موافقة الاعتقاد، ولهذا لو حكم بجهل لنقض حكمه، مع أنَّه لا يعتقد بطلان ما حكم به، فإذا اعتقد بطلانه؛ فهو بالرَّدِّ أولى.

وللأصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق:

أحدهما: ينقض جميع أحكامه؛ لفقد أهليَّته، وهو قول أبي الخطَّاب وغيره.

الثَّاني: ينقض كلُّها، إلَّا ما وافق الحقَّ المنصوص والمجمع عليه، وينقض ما وافق الاجتهاد؛ لأنَّه ليس من أهله، وهو اختيار صاحب «المغني».

---

(١) قوله: (منه؛ يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع) سقط من (أ) و(د).

ويشبه هذا؛ قولنا في الوصيِّ الفاسق إذا قسَّم الوصيَّة، فإن أعطى الحقوق لمستحِقٍّ معيَّن يصحُّ قبضه؛ لم يضمنه؛ لأنَّه يجب إيصاله إليه وقد حصل، وإن كان لغير معيَّن؛ فوجهان.

ومنها: الحكم بإسلام من اتُّهم بالرِّدَّة إذا أنكر وأقرَّ بالشهادتين؛ فإنَّه حكم صحيح، وإن حصل التردد في مستنده؛ هل هو الإسلام المستمر على ما يدَّعيه، أو الإسلام المجدَّد على تقدير صحَّة ما اتُّهم به؟

وقد قال الخرقي: ومن شُهد عليه بالرِّدَّة، فقال: ما كفرت، فإن شَهد أن لا إله إلا الله وأنَّ محمدًا رسول الله؛ لم يكشف عن شيء، قال في «المغني»: (لأنَّ هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي؛ فكذلك المرتد)، قال: (ولا حاجة في ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحَّة ردَّته).

ونقل محمَّد بن الحكم عن أحمد فيمن أسلم من أهل الكتاب ثمَّ ارتدَّ، فشهد قوم عدول أنَّه تنصَّر أو تهوَّد، وقال هو: لم أفعل، أنا مسلم، قال: أقبل قوله، ولا أقبل شهادتهم. وذكر كلامًا معناه أنَّ إنكاره أقوى من الشُّهود(١).

---

(١) جاء في أحكام أهل الملل والردة للخلال (ص ٤٢٣): عن بكر بن محمد بن الحكم، عن أبيه، عن أبي عبد الله، وسمعه يقول: لو أن نصرانيًّا أو يهوديًّا أسلم، ثم تهود أو تنصر، فشهد قوم عدول أنه قد تنصر أو تهود، وقال هو: إني لم أفعل، أنا مسلم. قال: (أقبل بقوله، ولا أقبل شهادتهم). قال أبي: أريد أن أستتيبه وهو أكبر عندي من الشهود!.

وكذلك نقل عنه أبو طالب في رجل تنصَّر، فأُخِذَ، فقال: لم أفعل؛ قال: يقبل منه. وعلل بأنَّ المرتدَّ يستتاب لعلَّه يرجع، فيقبل منه، فإذا أنكر بالكلِّيَّة؛ فهو أولى بالقبول[١].

وليس في هذه الرواية أنَّه ثبت عليه الرِّدَّة، ولا فيها أنَّه وُجِدَ منه غير إنكار الرِّدَّة.

وأمَّا مسألة محمد بن الحكم؛ ففيها أنَّه قال: أنا مسلم، وذلك يحصل به الإسلام؛ فهو كالشهادتين.

وظاهر كلام أحمد يدلُّ على أنَّ إنكاره يكفي في الرجوع إلى الإسلام، ولم تثبت[٢] عليه الرِّدَّة بالبيِّنة، وهو خلاف قول أصحابنا.

وأمَّا إن ثبت كفره بإقراره عليه، ثمَّ أنكر؛ ففي «المغني»: يحتمل أن لا يقبل إنكاره، وإن سلَّمنا؛ فلأنَّ الحدَّ هنا وجب بقوله، فقُبِل رجوعه عنه، بخلاف ما ثبت بالبيِّنة كما في حدِّ الزِّنى.

---

(١) جاء في أحكام أهل الملل والردة للخلال (ص ٤٢٣): عن أبي طالب: أنه سأل أبا عبد الله عن رجل تنصر فأخذ، فقال: لم أفعل؟ قال: (هو إذا تنصر يعرض عليه ثلاثة أيام لعله يرجع، فكيف إذا قال: لم أفعل؟ يقبل منه).

(٢) في (ج) و (ن) و (و): ولو ثبتت.

قاعدة [٦٩]

العقد الوارد على عمل معيَّن:

إمَّا أن يكون لازمًا ثابتًا في الذِّمَّة بعوض؛ كالإجارة: فالواجب تحصيل ذلك العمل، ولا يتعين أن يعمله المعقود معه إلَّا بشرط أو قرينة تدلُّ عليه.

وإمَّا أن يكون غير لازم، وإنَّما يستفاد التَّصرُّف فيه بمجرَّد الإذن: فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله إلَّا بإذن صريح أو قرينة تدلُّ عليه.

ويتردَّد بين هذين من كان تصرفه بولاية، إمَّا ثابتة بالشرع كوليِّ النِّكاح، أو بالعقد كالحاكم ووليِّ اليتيم.

فأمَّا الأوَّل؛ فله صور:

منها: الأجير المشترك، فيجوز له الاستنابة في العمل؛ لأنَّه ضامن تحصيله، لا عمله بنفسه.

واستثنى الأصحاب من ذلك: أن يكون العمل متفاوتًا[١] كالنَّسخ؛ فليس له الاستنابة فيه بدون إذن المستأجر صريحًا.

ونقلت من خط القاضي على ظهر جزء من «خلافه» قال: نقلت من

[١] كتب على هامش (و): (يعني: أن الأغراض فيه متفاوتة).

«مسائل ابن أبي حرب الجرجرائي»: سمعت أبا عبد الله سئل، قال: دفعت ثوبًا إلى خيَّاط، فقطعه، ثمَّ دفعه إلى آخر ليخيطه، قال: هو ضامن.

ولعلَّ هذا فيما دلَّت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر لجودة صناعته وحذقه وشهرته بذلك؛ فلا يرتضي المستأجر بعمل غيره.

والمذهب: الجواز بدون القرينة، وعليه بنى الأصحاب صحَّة شركة الأبدان، حتَّى أجازوها مع اختلاف الصَّنائع على أحد الوجهين.

وكذلك لو استأجر أجيرًا لعمل وهو لا يحسنه، ففي الصِّحَّة وجهان؛ لأنَّ العقد وقع على ضمان تسليم العمل وتحصيله، لا على المباشرة.

ومنها: لو أصدقها عملًا معلومًا مقدرًا بالزَّمان أو بغيره، وقلنا: يصحُّ ذلك؛ فهو كالأجير المشترك.

وأما الثاني، وهو المتصرف بالإذن المجرد؛ فله صور:

منها: الوكيل، وفي جواز توكيله بدون إذنٍ روايتان معروفتان، إلَّا فيما اقتضته دلالة الحال، مثل أن يكون العمل لا يباشره مثله، أو يعجِز عنه لكثرته؛ فله الاستنابة بغير خلاف.

لكن هل له الاستنابة في الجميع، أو في القدر المعجوز عنه خاصة؟ على وجهين.

والأوَّل اختيار صاحب «المغني».

والثَّاني قول القاضي وابن عقيل.

ومنها: العبد المأذون له، وفيه طريقان:

أحدهما: أنَّه كالوكيل، وهو المذكور في «الكافي»؛ لأنَّه استفاد التَّصرُّف بالإذن؛ كالوكيل.

والثَّاني: ليس له الاستنابة بدون إذن أو عرف بغير خلاف، وهو ما ذُكِر في «التلخيص»؛ لقصور العبد في أملاكه وتصرُّفاته، فلا يملك التَّصرُّف بدون إذن أو قرينة.

ومنها: الصَّبيُّ المأذون له، وهو كالوكيل، ذكره في «الكافي».

ومنها: الشَّريك والمضارب، وفيهما طريقان:

أحدهما: أنَّ حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه، وهي طريقة القاضي والأكثرين[(١)].

والثاني: يجوز لهما التَّوكيل بدون إذن، وهو المجزوم به في «المحرر»، وكذلك رجَّحه أبو الخطَّاب في «رؤوس المسائل»؛ لعموم تصرُّفهما، وكثرته، وطول مدَّته غالبًا، وهذه قرائن تدلُّ على الإذن في التَّوكيل في البيع والشراء.

وكلام ابن عقيل يُشعِرُ بالتَّفريق بين المضارب والشَّريك؛ فيجوز للشَّريك التَّوكيل؛ لأنَّه علَّل بأنَّ الشَّريك استفاد بعقد الشركة ما هو دونه، وهو الوكالة؛ لأنَّها أخصُّ، والشَّركة أعمُّ، فكان له الاستنابة في

---

(١) زاد في (أ): (والثانية: يجوز على الخلاف فيه، وهي طريقة القاضي والأكثرين) وهي تكرار.

الأخصِّ، بخلاف الوكيل؛ فإنَّه استفاد بحكم العقد مثل العقد، وهذا يدل على إلحاقه المضارب(١) بالوكيل.

وهذا الكلام في توكيلهما في البيع والشراء، فأمَّا دفع المضارب المالَ مضاربةً إلى غيره؛ فلا يجوز بدون إذن صريح، نص عليه أحمد(٢)، وعلل بأنَّه إنَّما ائتمنه على المال؛ فكيف يسلِّمه إلى غيره؟!

وحُكِي فيه رواية أخرى بالجواز.

وأمَّا الثالث، وهو المتصرف بالولاية:

فمنه: ولي اليتيم، وفيه طريقان:

أحدهما: أنه كالوكيل، وهي طريقة القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»؛ لأن تصرفه بالإذن؛ فهو كالوكيل.

الثاني: أنه يجوز له التوكيل، بخلاف الوكيل، ورجحه القاضي، وابن عقيل أيضًا في كتاب الوصايا، وأبو الخطاب، وجزم به في «المحرر»؛ لأنه متصرف بالولاية، وليس وكيلًا محضًا؛ فإنه متصرف بعد الموت، بخلاف الوكيل، ولأنه تعتبر عدالته وأمانته، وهذا شأن الولايات، ولأنه لا يمكنه الاستئذان، و تطول مدته ويكثر تصرفه، بخلاف الوكيل.

هذا في توكيله، فأما في وصيته إلى غيره؛ ففيها روايتان مشهورتان،

---

(١) في (أ): الضارب.

(٢) جاء في مسائل عبد الله (ص ٢٩٤): (قيل لأبي: الرجل يأخذ المال مضاربة بالثلث والربع، فيدفعه إلى غيره بأكثر من ذلك؟ قال: إن أذن له صاحبه، وإلا فلا).

واختار المنع أبو بكر والقاضي.

ومنه: الحاكم؛ هل له أن يستنيب غيره من غير إذن له في ذلك؟ وفيه طريقان:

أحدهما: طريق القاضي في «المجرد» و«الخلاف» له: أنه كالوكيل على ما مر فيه.

والثاني: وهو طريق القاضي في «الأحكام السلطانية»، وابن عقيل، وصاحب «المحرر»: أن له الاستخلاف قولًا واحدًا.

ونص عليه أحمد في رواية مهنى؛ بناء على أن القاضي ليس بنائب للإمام، بل هو ناظر للمسلمين لا عمن ولَّاه، ولهذا لا ينعزل بموته ولا بعزله على ما سبق؛ فيكون حكمه في ولايته حكم الإمام، بخلاف الوكيل، ولأن الحاكم يضيق عليه تولي جميع الأحكام بنفسه، ويؤدي ذلك إلى تعطيل مصالح النَّاس العامَّة، فأشبه من وُكِّل فيما لا يمكنه مباشرته عادة؛ لكثرته.

ومنه: ولي النكاح:

فإن كان مجبِرًا، فلا إشكال في جواز توكيله؛ لأن ولايته ثابتة شرعًا من غير جهة المرأة، ولذلك لا يعتبر معه إذنها.

وإن كان غير مجبِر؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أنه كالوكيل، وهو طريق القاضي؛ لأنه متصرف بالإذن.

والثاني: أنه يجوز له التوكيل قولًا واحدًا، وهو طريق صاحب «المغني» و«المحرر»؛ لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة، فلا

تتوقف استنابته على إذنها؛ كالمجبِر، وإنما افترقا في اعتبار إذنها في صحة النكاح، ولا أثر له ههنا.

قاعدة [٧٠]

الفعل المتعدِّي إلى مفعول، أو المتعلِّق بظرف أو بمجرور؛ إذا كان مفعوله أو متعلَّقه عامًّا؛ فهل يدخل الفاعل الخاصُّ في عمومه، أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم، أو يختلف ذلك بحسب القرائن؟[١]

فيه خلاف في المذهب، والمرجَّح فيه التَّخصيص؛ إلَّا مع التَّصريح بالدخول أو قرائن تدلُّ عليه.

ويترتَّب على ذلك صور متعدَّدة:

منها: النهي عن الكلام والإمام يخطب؛ لا يشمل الإمام على المذهب المشهور.

ومنها: الأمر بإجابة المؤذِّن؛ هل يشمل المؤذن نفسه؟ المنصوص ههنا: الشمول[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال شيخنا قاضي القضاة محبُّ الدِّين - ابن نصر الله -: لو قيل غير هذه العبارة؛ كان أبين للمراد، مثل أن يقال: العام إذا عُلِّق حكم له على فعل بعض أفراده، هل يشمل عمومه من علَّق على فعله أو يختصُّ بمن عداه؟).

[٢] كتب على هامش (ن): (ويؤيِّد النَّص حديث: «إذا قال الإمام: ولا =

والأرجح: عدمه؛ طردًا للقاعدة.

ومنها: إذا أَذِن لعبده في التِّجارة؛ لم يملك أن يؤجر نفسه.

وللمنع مأخذ آخر: وهو أنَّ المنافع ليست من أموال التِّجارة، ذكره القاضي[١].

ومنها: إذا أَذِن السيد لعبده أن يُعتق عن كفارته من رقيق السَّيِّد؛ لم يملك أن يُعتق نفسه.

وخرَّجها أبو بكر على وجهين، وهذا يتمشَّى على طريقة

= الضَّالِّين، فقولوا: آمين»، وحديث: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربَّنا ولك الحمد»، فإنَّ الإمام داخل في عموم المأمورين في الحديثين بغير خلاف).

علق محشٍ آخر عليه بقوله: (مع أنه يُمنع أن استفادة ذلك مما ذكره، بل من حديث أبي داود وابن ماجه عن أبي هريرة قال: كان رسول الله صلَّى الله عليه إذا تلا ﴿غَيْرِ ٱلْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا ٱلضَّآلِّينَ﴾ [الفاتحة: ٧]؛ قال: آمين، حتَّى يسمع من يليه من الصفِّ الأوَّل، ولفظ ابن ماجه: «حتَّى يسمعها أهل الصفِّ الأوَّل، فيرتجُّ بها المسجد»).

[١] كتب على هامش (ن): (في كون هذا مأخذ المسألة نظر؛ إذ هما مسألتان، أحدهما: أن يأذن له في التَّصرُّف في مال معيَّن، فهذا هو الَّذي يتنزَّل عليه كلام القاضي، والثَّانية: أن يأذن له في التَّصرُّف في جميع ماله، فهذا هو الَّذي يتَّجه فيه الخلاف في جواز تصرُّفه في نفسه؛ لأنه من جملة ماله، والمنع منه؛ لأنَّ خطابه مخرِج له ممَّا أذن له فيه).

ابن حامد والمتقدمين: أن تكفير العبد بالمال لا ينبني على ملكه بالتمليك، بل يكفِّر به بإذن السيد وإن لم يملكه، وإلَّا فلو ملك نفسه؛ لانعتقت عليه قهرًا، ولم يجزئه عن الكفارة[١].

ومنها: هل يكون الرجل(١) مصرفًا لكفَّارة نفسه؟ في المسألة روايتان.

ثمَّ من الأصحاب من يحكيهما في غير كفارة الجماع في رمضان؛ لورود النَّصِّ فيها.

ومنهم من حكاها[٢] في الجميع، وجعل ذلك خصوصًا للأعرابيِّ أو إسقاطًا للكفَّارة عنه؛ لعجزه، وكونها لا تفضل عنه.

واختلفوا في محلِّ الخلاف؛ فقيل: هو إذا كفَّر الغير عنه بإذنه؛ هل يجوز له أن يصرفها إليه أم لا؟ بناء على أن التكفير من الغير لا يستلزم

[١] كتب على هامش (ن): (ويحتمل أن يكون من ذلك ما لو قال: «نساء العالمين طوالق».

ومنه لو قال لزوجته: إن فعلت مع أحد حرامًا؛ فأنت طالق، فطلَّقها طلقة رجعيَّة وجامعها، وقلنا: الرَّجعيَّة محرَّمة، فيحتمل دخوله في العموم فيقع، ويحتمل أن يقال: لا يقع؛ لأنَّ غرض المعلِّق منعها عن الغير لما يلحقه بذلك من النَّقاصة والمعرَّة).

[٢] كتب على هامش (ن): (لعلَّه حكاهما).

(١) في (أ): للرجل.

دخولها في ملكه قبل ملك الفقير لها؛ كما تقدَّم مثله في العتق.

وقيل: بل إذا تصدق عليه بها لفقره؛ هل يجوز له أن يأكلها وتكون كفَّارة أم لا؟ وهي طريقة ابن أبي(١) موسى.

ومنها: هل يكون الرَّجل مصرفًا لزكاته؟

إذا أخذها السَّاعي منه؛ فقد برئت ذمته منها، فله أن يعيدها إليه بعد ذلك، هذا هو المنصوص عن أحمد واختيار القاضي؛ لأنَّ عودها إليه ههنا بسبب متجدِّد؛ هو(٢) كإرثه لها.

ولا نقول: إنَّه قبضها عن زكاة ماله؛ لأنَّه بريء من زكاة ماله بقبض السَّاعي، وإنَّما يأخذها من جملة الصَّدقات المباحة له.

قال أبو بكر: مذهب أحمد لا يحلُّ له أخذها، ذكره في زكاة الفطر، وعلَّل بأنَّها طهرة؛ فلا يجوز له أن يطهر بما قد تطهَّر به.

وهكذا الخلاف في ردِّ الإمام خُمُس الفيء والغنيمة على من أخذه منه.

وأمَّا إسقاطها قبل القبض؛ فلا يجوز؛ لأنَّ الإبراء من الدَّين لا يسقط الزَّكاة ولا الخُمُس[١]، بل يجب فيهما القبض[٢]، بخلاف

---

[١] كتب على هامش (ن): (هذا تعليل للحكم بنفسه، فليتأمَّل).

[٢] كتب على هامش (ن): (لعلَّ سبب ذلك تعلُّقهما بالعين لا بالذِّمة، بخلاف الخراج والعشر فإنَّهما متعلِّقان بالذِّمة فقط).

---

(١) قوله: (أبي) سقطت من (أ).

(٢) في (ج) و (ن) و (و): فهو.

الخراج والعشر المأخوذ من تجَّار أهل الكتاب؛ لأنَّه فيء، فيجوز للإمام إسقاطه عمن هو واجب عليه إذا رأى فيه المصلحة، وكذلك خُمُس الرِّكاز إذا قيل: هو فيء.

ومنها: هل يكون الواقف مصرفًا لوقفه؛ كما إذا وقف على الفقراء ثمَّ افتقر؟ فإنَّه يدخل على الأصح، ونص عليه أحمد في رواية المروذيِّ.

وكذا لو انقطع مصرف الوقف، وقلنا: يرجع إلى أقاربه وقفًا، وكان(١) الواقف حيًّا؛ هل يرجع إليه؟

على روايتين حكاهما ابن الزاغونيِّ في «الإقناع».

وجزم ابن عقيل في «المفردات» بدخوله.

وكذلك لو وقف على أولاده وأنسالهم أبدًا، على أنَّه من توفي منهم عن غير ولد؛ رجع نصيبه إلى أقرب النَّاس إليه، فتوفِّي أحد أولاده عن غير ولد، والأب الواقف حيٌّ؛ فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب النَّاس إليه أم لا؟ تُخرَّج على ما قبلها.

والمسألة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه.

ومنها: الوكيل في البيع؛ هل له الشِّراء من نفسه؟ فيه روايتان معروفتان.

وللمنع مآخذ:

أحدها: التُّهَمة وخشية ترك الاستقصاء في الثَّمن.

---

(١) في (أ) و(ج): فكان.

والثَّاني: أنَّ سياق التَّوكيل في البيع يدلُّ على إخراجه من جملة المشترين؛ لأنَّه جعله بائعًا، فلا يكون مشتريًا.

وهذان المأخذان ذكرهما القاضي وغيره.

والثَّالث: أنَّه لا يجوز أن يتولَّى طرفي العقد واحدٌ بنفسه، ويأخذ بإحدى يديه من الأخرى، فإذا وكَّل رجلًا يشتري له؛ جاز، نقل ذلك حنبل عن أحمد(١).

فعلى المأخذ الأوَّل: لا يجوز له البيع ممَّن يتَّهم بمحاباته أيضًا، وهو ممن لا تقبل شهادته له.

ومنهم من خصَّه بمن له عليه ولاية، وهو ولده الصَّغير، دون من لا ولاية له عليه، وهي طريقة القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وصاحب «المغني».

وعلى الثَّاني والثَّالث: يجوز له البيع من غيره إذا كان أهلًا للقبول.

ويجوز على المأخذ الثَّالث أيضًا أن يوكِّل من يشتري له، لاندفاع محذور اتِّحاد الموجب والقابل.

وإن وكَّل من يبيع السِّلعة ويشتريها هو؛ فذكر ابن أبي موسى: أنَّه إذا كان مأذونًا له في التَّوكيل في البيع؛ جاز الشِّراء من وكيله قولًا واحدًا؛ بناء على أنَّ هذا الوكيل الثَّاني وكيل للموكِّل الأوَّل؛ فكأنَّه اشترى السِّلعة من مالكها.

---

(١) جاء في الروايتين والوجهين (١/ ٣٩٨): (وقد نقل حنبل: لا يشتري الوصي لإحدى يديه من الأخرى، لكن يوكل رجلًا، فإذا قام على ثمن في السوق اشتراه).

وإن كان لم يأذن له في التَّوكيل؛ انبنى على جواز توكيله بدون إذنٍ، فإن أجزناه؛ صحَّ البيع، وإلَّا فلا.

ويحتمل أن يكون مأخذ الصِّحة: أنَّ الوكيل الثَّاني وكيل للموكِّل، ويدلُّ عليه تعليله بذلك في صورة الإذن في مسألة النِّكاح.

ويحتمل أن يعتبر التَّوكيل؛ لئلَّا يتحدَّ الموجب والقابل، مع أنَّ هذا منتقض بالأب في مال ولده الطفل.

وأمَّا رواية الجواز؛ فاختلف في حكاية شروطها على طرق:

أحدها: أنَّه تشترط الزِّيادة على الثَّمن الَّذي ينتهي إليه الرَّغبات في النِّداء.

وفي اشتراط أن يتولَّى النِّداء غيره وجهان، وهي طريقة القاضي في «المجرد» وابن عقيل.

والثَّاني: أنَّ المشترط التَّوكيل المجرد، كما هي طريقة ابن أبي موسى والشِّيرازيِّ.

والثَّالث: أنَّ المشترط أحد أمرين: إمَّا أن يوكِّل من يبيعه على قولنا بجواز ذلك، وإمَّا الزِّيادة على ثمنه في النِّداء، وهي طريقة القاضي في «خلافه» وأبي الخطَّاب.

وأمَّا إن باع الوكيل، واشترط على المشتري أن يشركه فيه؛ فهل يجوز أم لا؟ على روايتين:

إحداهما: يجوز، نقلها أبو الحارث في الوكيل يبيع ويستثني لنفسه الشركة: أرجو ألَّا يكون به بأس.

والثَّانية: يكره، نقلها ابن منصور في رجل يدفع إليه الثَّوب يبيعه، فإذا باعه؛ قال: أشركني فيه، قال: أكره هذا[(١)].

فأمَّا إن أذن له الموكِّل في الشِّراء من نفسه، فإنَّه يجوز، قال كثير من الأصحاب: روايةً واحدةً، بخلاف النِّكاح.

وحكى الشيخ مجد الدين فيه وجهًا آخر بالمنع.

قال: وهل يكون حضور الموكِّل وسكوته كإذنه؟ يحتمل وجهين، أشبههما بكلام أحمد: المنع.

ونقل أحمد بن نصر الخفَّاف[(٢)] عن أحمد، فيمن له على رجل خمسون دينارًا، فوكَّله في بيع داره ومتاعه ليستوفي حقَّه، فباعها بدراهم ليصارف نفسه ويأخذها بالدَّنانير: لم يجز، ولكن يبيعها ويستقضي ويأخذ حقَّه.

قال القاضي: ظاهر كلامه أنَّه لا يجوز له بيعها بغير جنس حقِّه ليستوفي منه؛ لأنَّ التُّهمة موجودة في عقد الصَّرف من نفسه لنفسه، وإنَّما أذن له في الاستيفاء، ولم يأذن له في المصارفة، فإذا باعها بجنس حقِّه؛ فله الاستيفاء منها بالإذن؛ لأنَّ يده كيد موكِّله؛ فهو[(٣)] يقبض من يد غيره لنفسه.

ولكن هذه العلَّة موجودة في شراء الوكيل من نفسه.

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور(٦/ ٢٦٥٨).

(٢) هو أحمد بن نصر، أبو حامد الخفاف، ذكره أبو بكر الخلال فقال: كان عنده جزء فيه مسائل حسان أغرب فيها. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٨٢.

(٣) كتب في هامش (أ): (فلم)، وعليها إشارة نسخة.

وكذلك حَكى في «الخلاف» في المسألتين روايتين.

وجعلها صاحب «التَّلخيص» رواية بجواز توكيل الوكيل في إيفاء نفسه من جنس حقِّه خاصَّة.

وأنكر الشيخ مجد الدين أن يكون فيها دلالة على المنع من البيع بغير جنس الحقِّ، لا سيما إن كان جنس الحقِّ غير نقد البلد، وحمل قول أحمد ببيعها على الدَّراهم الَّتي هي الثَّمن، وبنى ذلك على قولنا بمنع الوكيل من البيع من نفسه، فأمَّا على قولنا بجوازه؛ فإنَّه يجوز له هنا مصارفته نفسه.

ومنها: شراء الوكيل لموكِّله من ماله، وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكِّله، ذكره ابن أبي موسى وغيره.

وفي «مسائل ابن هانئ» عن أحمد، فيمن بعث إليه بدراهم ليشتري بها من بعض المواضع، فيبعث إليهم مما عنده، ويبالغ في الاستقصاء، قال: لا يعجبني أن يبعث إليهم بما عنده حتَّى يبين أنَّه قد بعث إليهم من المتاع الَّذي عنده(١).

ومنها: شراء الوصيِّ من مال اليتيم، وحكمه حكم شراء الوكيل، وفيه روايتان منصوصتان، ولم يذكر ابن أبي موسى سوى المنع.

وكذلك حكم الحاكم وأمينه في مال اليتيم.

ويتوجَّه التفريق بين الحاكم وغيره؛ بأنَّ الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن؛ فتكون عامَّة، بخلاف من استندت ولايته إلى إذن من غيره في

---

(١) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ١٦).

التَّصرُّف، فإنَّ إطلاق الإذن له يقتضي أن يتصرَّف مع غيره لا مع نفسه كما سبق، وقد اعتمد القاضي على هذا الفرق بين تصرُّف الأب وغيره.

ومنها: الوكيل في نكاح امرأة؛ ليس له أن يتزوَّجها لنفسه على المعروف من المذهب.

وذكر ابن أبي موسى: أنَّه إن أذن له الوليُّ في التَّوكيل فوكَّل غيره فزوَّجه؛ صحَّ.

وكذا إن لم يأذن له، وقلنا: للوكيل أن يوكِّل مطلقًا.

فأمَّا من له ولاية بالشَّرع؛ كالوليِّ والحاكم وأمينه؛ فله أن يزوِّج نفسه وإن قلنا: ليس لهم أن يشتروا من المال، ذكره القاضي في «خلافه»، وفرَّق: بأنَّ المال القصد منه الرِّبح، وهذا يقع فيه التُّهمة، بخلاف النِّكاح؛ فإنَّ القصد منه الكفاءة وحسن العشرة، فإذا وجد ذلك؛ صحَّ.

وألحق أيضًا الوصي بذلك، وفيه نظر، فإن الوصيَّ يشبه الوكيل؛ لتصرفه بالإذن.

وسواء في ذلك اليتيمة وغيرها، صرَّح به القاضي في ذلك، وذلك حيثُ يكون لها إذنٌ معتبر.

ومتى زوَّج أحد من هؤلاء نفسه بإذن المرأة من غير توكيل، بل مباشرة لطرفَيِ العقد؛ ففي صحَّته روايتان.

وإن وكَّل في أحد الطَّرفين؛ فقال أكثر الأصحاب: يصحُّ رواية واحدة.

وأنكر ذلك ابن عقيل، وقال: متى قلنا: لا يصحُّ أن يتولاه بنفسه؛ لم يصحَّ عقد وكيله له؛ لأنَّ وكيله قائم مقام نفسه.

واستثنى من ذلك: الإمام إذا أراد أن يتزوَّج امرأة ليس لها وليٌّ؛ فإنَّه يتزوَّجها بولاية أحد نوَّابه؛ لأنَّ نوَّابه نوَّاب عن المسلمين لا عنه فيما يخصُّه.

ومنها: إذا عمل أحد الشَّريكين في مال الشَّركة عملًا يملك الاستئجار عليه ودفع الأجرة، فهل له أن يأخذ الأجرة أم لا؟ على روايتين.

ومنها: الموصى[(١)] إليه بإخراج مال لمن يحجُّ أو يغزو؛ ليس له أن يأخذه ويحجَّ به ويغزو، نصَّ عليه أحمد في رواية أبي داود، وقال: هو متعدٍّ؛ لأنَّه لم يأمره[(٢)].

وهذا تصريح بأنَّ مأخذ المنع: عدم تناول اللَّفظ له.

ومنها: المأذون له أن يتصدَّق بمال؛ هل له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصَّدقة؟

---

(١) في (أ): الوصي.

(٢) جاء في مسائل أبي داود (ص ١٨٥): (سمعت أحمد سئل: أيحج الوارث عن الميت إذا أوصى به؟ قال: لا.
قلت لأحمد: فإن أوصاه أن يحج عنه؟ قال: ولا؛ لأنه كأنه وصية لوارث.
وسمعته سئل يحج عنه الوصي؟ قال: لا يحج الوصي عن الميت، وقال مرة أخرى، قال: إن لم يأمره كأنه منفذ، أي: لا يفعل، قلت: فإن أوصى بدواب في السبيل للوصي أن يغزو عليها؟ فرآه مثل الحج سواء).

المذهب: أنَّ لا يجوز، ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن بختان.

وذكر في «المغني» احتمالين آخرين:

أحدهما: يجوز مطلقًا.

والثَّاني: الرُّجوع إلى القرائن، فإن دلَّت قرينة على الدُّخول؛ جاز الأخذ، أو على عدمه؛ لم يجز، ومع التَّردُّد يحتمل وجهين.

والجواز مخرَّج من مسألة شراء الوكيل، وأولى؛ إذ لا عوض ههنا يُبتغى، وهو أمين على المال يتصرَّف فيه بالمصلحة، ولكن الأولى سدُّ الذريعة؛ لأنَّ محاباة النفس لا تؤمن.

وعلى هذا؛ فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته له؟ فيه وجهان:

أشهرهما: المنع.

والثَّاني: الجواز، اختاره صاحبا «المغني» و«المحرر».

ومنها: إذا وكَّل غريمه أن يُبْرِئ غرماءه؛ لم يدخل فيهم مطلق العقد، فإن سمَّاه أو وكَّله وحده؛ جاز ذلك؛ كما قلنا في البيع من نفسه على الأصح، ذكره في «شرح الهداية»، وعزاه إلى القاضي وابن عقيل، قال: والفرق على الوجه الآخر افتقار البيع إلى الإيجاب والقبول، يعني: بخلاف الإبراء.

ومنها: لو قال في الأيمان ونحوها من التَّعليقات: من دخل داري، أو قال: من دخل دارك؛ لم يدخل المتكلِّم في الصورة الأولى، ولا المخاطب في الثَّانية، ذكره القاضي وغيره.

ومنها: الأموال الَّتي تجب الصَّدقة بها(١) شرعًا للجهل بأربابها؛

(١) في (أ): الصدقة فيها. وفي (هـ): بها الصَّدقة.

كالمغصوب والودائع؛ لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها على المنصوص.

وخرَّج القاضي جواز الأكل له منها إذا كان فقيرًا، على الرِّوايتين في شراء الوصيِّ من نفسه، كذا نقله عنه ابن عقيل في «فنونه»، وأفتى به الشيخ تقي الدين في الغاصب الفقير إذا تاب[(١)].

وعلى المذهب؛ يتخرَّج في إعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان.

والمنصوص عن أحمد: أنَّه لا يحابي بها أصدقاءه، بل يعطيهم أسوة غيرهم، نقله عنه صالح[(٢)].

وكذا نقل عنه المروذيُّ إذا دفعها إلى أقاربَ له محتاجين: إن كان على طريق المحاباة لا يجوز، وإن كان لم يحابهم؛ فقد تصدَّق[(٣)].

ونقل عنه حرب: إذا كان له إخوانٌ محاويجُ[(٤)] قد كان يَصِلهم؛ أيجوز له أن يدفعها إليهم؟ فكأنَّه استحبَّ أن يعطي غيرهم، وقال: لا

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٢٨).

(٢) جاء في مسائل صالح (ص ٢٨١): (وسألته عن رجل له أهل بيت لا يقيمون الصلوات، ولا يعرفون السنن والفرائض، وفي جيرانه قوم يقيمون الصلاة والفرائض والسنن، أيضع زكاة ماله في جيرانه هؤلاء أو في أهل بيته؟ قال: ينبغي له أن يعلمهم الفرائض والسنن، وزكاته هم أولى بها حينئذ، وإذا كانت حاجتهم وحاجة غيرهم سواء فالقرابة أولى، ويقال: لا يحابى بها قريب ولا تمنع من بعيد، وإنما هو حق الله في المال).

(٣) في (أ) و(ج) و(د): يصدَّق.

(٤) قوله: (محاويج) سقطت من (أ).

يحابي بها أحدًا.

والظَّاهر أنَّه جعل إعطاءهم مع اعتبار صلتهم محاباةً، فلذلك استحبَّ العدول عنهم بالكليَّة.

تنبيه:

لو وصَّى لعبده بثُلث ماله؛ دخل في الوصيَّة ثلث العبد نفسه؛ فيَعتِق عليه، نصَّ عليه، ويكمُلُ عتقه من باقي الوصيَّة؛ لأنَّ ملكه للوصية مشروط بعتقه، فلذلك دخل في عموم المال الموصى به؛ ضرورة صحَّة الوصيَّة له(١).

(١) هنا ينتهي السَّقط من (ب).

قاعدة(١) [٧١]

فيما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقِّيها.

وهي نوعان: مملوك[١] تعلَّق به حقُّ الغير، ومملوك للغير.

فأمَّا الأوَّل: فهو مال الزَّكاة، فيجوز الأكل ممَّا تتوق إليه النُّفوس ويشقُّ الانكفاف عنه من الثِّمار بقدر ما يحتاج إليه من ذلك، ويطعم الأهل والضِّيفان، ولا تحتسب زكاته.

ولذلك يجب على الخارص أن يدع في خرصه الثُّلث أو الرُّبع بحسب ما تقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقلَّتها؛ كما دلَّت عليه السنة(٢)، فإن استبقيت ولم تؤكل رطبةً؛ رجع عليهم بزكاتها.

وأمَّا الزُّروع؛ فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله فريكًا(٣)

---

[١] كتب على هامش (ن): (مملوك للآكل).

---

(١) في (ب) و(ن): الحمد لله ربِّ العالمين. قاعدة. وهي في (ج): والله أعلم. قاعدة.

(٢) يشير إلى ما أخرجه أحمد (١٥٧١٣)، وأبو داود (١٦٠٥)، والترمذي (٦٤٣)، والنسائي (٢٤٩١) عن عبد الرحمن بن مسعود، قال: جاء سهل بن أبي حثمة إلى مجلسنا، قال: إن رسول الله ﷺ كان يقول: «إذا خرصتم، فجدوا، ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا، أو تجدوا الثلث، فدعوا الربع».

(٣) بُرٌّ فريك: هو الذي فرك ونقي، والفريك: طعام يفرك ثم يلت بسمن أو غيره. ينظر: المحكم (٧/ ٧)، لسان العرب (١٠/ ٤٧٣).

ونحوه، نصَّ عليه أحمد، وليس له الإهداء منها.

وخرَّج القاضي في الأكل منها وجهين؛ من الأكل من الزُّروع الَّتي ليس لها حافظ.

وأمَّا الثَّاني: فينقسم إلى ما له مالك معيَّن وإلى ما له مالك غير معيَّن.

فأمَّا ما له مالك غير معيَّن(١)؛ كالهدي[١] والأضاحي؛ فيجوز لمن هي في يده - وهو المهدي والمضحِّي - أن يأكل منها ويدَّخر ويُهدي؛ كما دلت عليه السُّنَّة.

وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا؟ على وجهين، أشهرهما الجواز.

وهل المستحب أن يقسم الهدي أثلاثًا كالأضاحي، أو يتصدق به كله إلا بما يأكله منه؟ على وجهين.

وأمَّا ما له مالك معيَّن؛ فهو نوعان:

أحدهما: أن يكون له عليه ولاية:

فإن كانت الولاية عليه لحظِّ نفسه كالرَّهن، فإنَّه يجوز له الأكل ممَّا بيده إذا كان دَرًّا، والانتفاع بظهره إذا كان مركوبًا؛ لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنَّفقة.

وإن كانت الولاية لمصلحة المولَّى عليه؛ فالمنصوص: جواز الأكل

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: المتطوع به).

---

(١) قوله: (فأمَّا ما له مالك غير معيَّن) سقط من (أ).

منه أيضًا بقدر عمله.

ويتخرَّج على ذلك صور:

منها: وليُّ اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله، وهل يردُّه إذا أيسر؟ على روايتين.

واختار ابن عقيل: أنَّه يأكل مع الحاجة وعدمها.

ولو فرض الحاكم له شيئًا؛ جاز له أخذه مجانًا بغير خلاف، هذا ظاهر كلام القاضي.

ونصَّ أحمد في رواية البرزاطي في الأمِّ الحاضنة: أنَّها لا تأكل من مال[1] ولدها إلَّا للضَّرورة، إلَّا أن يفرض لها الحاكم في المال حقَّ الحضانة.

ووجهه: أنَّ من أعطاه غيره؛ فله الأخذ مع الغنى، بخلاف الأخذ بنفسه، ولهذا جاز للوصيِّ الأخذ إذا شرط له الأب مع غناه، وجاز للوليِّ أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه، ولم يجز له إذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ، ولهذا المعنى جاز الأخذُ لعامل الزَّكاة مع الغنى؛ لأنَّ المعطي له هو الإمام.

ومنها: أمين الحاكم أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم.

قال القاضي مرَّة: لا يأكل، وفرَّق بينه وبين الوصيِّ: بأن الأب له أن يجعل للوصيِّ جُعْلًا مع وجود متبرِّعٍ بالنظر في مال اليتيم، والوصيُّ متصرف بإذنه وتوليته، بخلاف أمين الحاكم؛ فإنَّه لو وجد متبرِّعًا

(١) قوله: (مال) سقط من (أ).

بالحفظ؛ لم يجز له أن يجعل لأحد جُعْلًا عليه.

وقال مرَّة: له الأكل كوصيِّ الأب، وأخذه من نصِّ أحمد على أنَّ الحاكم يأخذ على القضاء أجرًا بقدر شغله، وقال: هو مثل وليِّ اليتيم(١)[١].

وأمَّا الأب؛ فقال القاضي: ليس له الأكل لأجل عمله؛ لغناه عنه بالنَّفقة الواجبة في ماله، ولكن له الأكل منه بجهة التَّملُّك عندنا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (تشبيهه بولي اليتيم؛ يقتضي أنَّه لا يأخذ إلَّا مع الحاجة، لكن قوله: «يأخذ على القضاء أجرًا»، هل يكون الأخذ من المحكوم له، أو من المحكوم عليه، أو منهما، أو من بيت المال؟ وحمله على بيت المال بعيد؛ إذ ذلك يجوز مع الغنى، فليس كولي اليتيم، وأخذ ذلك من الخصمين قويٌّ لدفع التُّهمة بأخذه من أحدهما.

ووجه أخذه من المحكوم عليه: أنَّه بمثابة توفية الحقِّ الَّذي عليه، ومؤونة ذلك عليه؛ كما لو كان مكيلًا أو موزونًا، فإنَّ أجرة ذلك عليه، وكأجرة المقتصِّ فإنَّها على الجاني، وكذلك أجرة من يقيم الحد على المحدود، ويحتمل أنَّها على المحكوم له؛ لأنَّ نفع ذلك له أشبه وكيله في خلاص حقِّه، وفي المغني: فإن لم يكن للقاضي رزق، فقال للخصمين: لا أقضي عليكما حتَّى تجعلا لي رزقًا عليه؛ جاز، ويحتمل ألَّا يجوز. من خطِّ شيخنا قاضي القضاة محب الدِّين البغدادي).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٧/ ٣٧١٥): (قلت: يأخذ القاضي أجرًا على القضاء؟ قال: ما يعجبني، وإن كان؛ فبقدر شغله، مثل والي مال اليتيم).

وضعَّف ذلك الشَّيخ تقيُّ الدِّين رَحِمَهُ اللَّهُ.

ومنها: ناظر الوقف والصَّدقات، ونصَّ أحمد على جواز أكله[(١)]، نقل عنه أبو الحارث أنَّه قال في والي الوقف: إن أكل منه بالمعروف فلا بأس، قيل له: فيقضي منه دينه؟ قال: ما سمعنا فيه شيئًا[(٢)].

وكذلك نقل عنه حرب في رجل أوصى إلى رجل بأرض أو صدقة للمساكين، فدخل الوصيُّ الحائط أو الأرض، فتناول بطيخة أو قثَّاء أو نحو ذلك، قال: لا بأس بذلك إذا كان القيِّم بذلك أكل.

وترجم عليه بعض الأصحاب - وأظنُّه أبا حفص العكبريَّ -: (الوصيُّ يأكل من الوقف الَّذي يليه).

وهذا ظاهر في أنَّه لا يشترط له الحاجة، وخرَّجه أبو الخطاب على عامل اليتيم.

ونقل الميمونيُّ عن أحمد: أنَّه ذكر حديث عمر حين وقف فأوصى إلى حفصة[(٣)]، ثمَّ قال أحمد: لمن وَلِيَه أن يأكل[(٤)] منه بالمعروف إذا كان[(٥)] اشترط ذلك[(٦)].

ومفهومه: المنع من الأكل بدون الشَّرط.

---

(١) في (أ): الأكل.

(٢) ينظر: الوقوف والترجل من مسائل الإمام أحمد لأبي بكر الخلال (ص ٢٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٧٩)، وأصله في البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢).

(٤) قوله: (لمن وليه أن يأكل) هو في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): (وَلِيَه يأكل).

(٥) قوله: (كان) سقطت من (ب).

(٦) ينظر: الوقوف والترجل لأبي بكر الخلال (ص ٢٤).

فأمَّا الوكيل في الصدقة؛ فلا يأكل منها شيئًا، نقل يعقوب ابن بختان عن أحمد في رجل في يده مال للمساكين وأبواب البرِّ، وهو فقير محتاج إليه: فلا يأكل منه، إنَّما أُمِر أن ينفذ.

وصرَّح القاضي في «المجرد»: بأنَّ من أُوصي إليه بتفرقة مال على المساكين أو دفع إليه رجل في حياته مالًا ليفرِّقه صدقة؛ لم يجز أن يأكل منه شيئًا بحقِّ قيامه؛ لأنَّه منفذ، وليس بعامل منمٍّ مثمِّر.

ومنها: الوكيل والأجير، والمعروف منعهما من الأكل؛ لاستغنائهما عنه بطلب الأجرة من المؤجر والموكِّل، لا سيما والأجير قد أخذ الأجرة على عمله.

ونقل حنبل عن أحمد في الوليِّ والوصيِّ إذا كانا يصلحان ويقومان بأمره، فأكلا بالمعروف: فلا بأس به، بمنزلة الوكيل والأجير.

قال القاضي في «خلافه»: وظاهر هذا جواز الأكل للوكيل، انتهى[١].

ونقل العبَّاس بن محمَّد الخلَّال عن أحمد، فيمن كانت في يده أرض من أرض الخراج؛ هل يأكل ممَّا أخرجت من زرع أو ثمر إذا كان الإمام يأخذهم بالخراج مِساحة، أو صيَّرها في أيديهم مقاسمة على النصف أو الربع؛ قال: يأكل، إلَّا أن يخاف السُّلطان[٢].

---

(١) قوله: (انتهى) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).

(٢) ينظر: الأحكام السلطانية للقاضي (ص ١٨٤).

وهذا يدلُّ على جواز أكل الشَّريك والعامل في المساقاة ونحوهما من الزُّروع والثِّمار بغير إذن[١].

النّوع الثَّاني: ما لا ولاية له عليه؛ فيجوز الأكل منه للضَّرورة بلا نزاع.

وأمَّا مع عدمها؛ فيجوز فيما تتوق إليه النُّفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه، وذلك في صور:

منها: الأكل من الأطعمة في دار الحرب، وإطعام الدَّواب المعدَّة للرُّكوب.

فإن كانت للتِّجارة؛ ففيه روايتان.

وإن كانت للتَّصيُّد بها؛ فوجهان.

وسواء كان محتاجًا إليه أو لم يكن في أشهر الطَّريقتين.

وفي الثَّانية: لا يجوز إلا للحاجة بقدرها.

وفي ردِّ عوضه في المغنم روايتان، وهي طريقة ابن أبي موسى.

واختلف الأصحاب في محلِّ الجواز:

فقيل: محلُّه ما لم يحرزه الإمام، فإذا أحرزه أو وكَّل به من يحفظه؛ لم يجز الأكل إلَّا لضرورة، وهي طريقة الخرقيِّ؛ لأنَّ إحرازه منع من التَّناول منه، وأمَّا قبل الإحراز؛ فإنَّ حفظه يشقُّ ويُتسامَح بمثله عادة.

وقيل: يجوز الأكل ما داموا في أرض الحرب، وإن أحرز، ما لم يُقسم، وهي طريقة القاضي.

---

(١) من قوله: (ونقل العبَّاس بن محمَّد الخلَّال) إلى هنا سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).

وإن فَضَلت منه فضلة؛ فهل يجب ردُّها مطلقًا، أو بشرط كثرتها؟ على روايتين.

ومنها: إذا مرَّ بثمر غير محوط ولا عليه ناظر؛ فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها، ولا يَحمِل، على الصَّحيح المشهور من المذهب.

ولا فرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر؛ كما دلَّت عليه السُّنَّة(١)؛ وتنزيلًا لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارَّة إليه منزلة(٢) الإذن في الأكل منه؛ لدلالته عليه عرفًا، مع العلم بتسامح غالب النُّفوس في بذل يسير الأطعمة، بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط، فإنَّ ذلك بمنزلة المنع منه[١].

وفي المذهب رواية ثانية: بجواز الأكل من المتساقط دون ما على الشَّجر؛ لأنَّ المسامحة في المتساقط أظهر؛ لتسرُّع(٣) الفساد إليه، ولم يثبتها القاضي.

---

[١] جاء في هامش (ب): (حاشية بخط المؤلف: ونقل صالح عن أبيه: أن الأكل رخصة للمسافر دون الحاضر، وإن كان مرَّ في أرضه على الماء ثمرة؛ ردها إلى صاحبها إن عرفه، وإلا تصدق به، إنما الرخصة للمسافر).

---

(١) وردت فيه عدة أحاديث، منها ما أخرجه أحمد (١١١٥٩) وابن ماجه (٢٣٠٠): عن أبي سعيد رضي الله عنه عن النبي ﷺ، قال: «إذا أتيت على راع، فناده ثلاث مرار، فإن أجابك، وإلا فاشرب في غير أن تفسد، وإذا أتيت على حائط بستان، فناد صاحب البستان ثلاث مرات، فإن أجابك، وإلا فكل في أن لا تفسد».

(٢) في (أ): بمنزلة.

(٣) في (أ): لتسريع.

ورواية ثالثة: بمنع الأكل مطلقًا إلَّا مع الحاجة؛ فيؤكل حينئذ مجانًا بغير عوض[١].

وعلى المذهب المشهور؛ هل يلحق الزَّرع ولبن المواشي بالثِّمار؟ على روايتين، فإنَّ الأكل من الزَّرع[٢] وحلب اللبن من الضَّرع إنَّما يفعل للحاجة لا للشَّهوة.

---

(١) زاد في (ن): نقل عنه الميمونيُّ في المحوط: إن كان يتناول منها، وأثبتها القاضي في «خلافه» رواية.

(٢) في (أ): الزروع.

قاعدة [٧٢]

اشتراط النَّفقة والكسوة في العقود تقع على وجهين: معاوضة، وغير معاوضة.

فأمَّا المعاوضة: فتقع في العقود اللَّازمة، ويملك فيها الطَّعام والكسوة كما يملك غيرهما[١] من الأموال المعاوض بها.

فإن وقع التَّفاسخ قبل انقضاء المدة؛ رجع بما عجَّل منها، إلَّا في نفقة الزَّوجة وكسوتها؛ فإنَّ في الرجوع بهما ثلاثة أوجه، ثالثها: يرجع بالنَّفقة دون الكسوة[٢].

فمنها: الإجارة، فيجوز استئجار الظِّئر بطعامها وكسوتها على الصَّحيح، ومن الأصحاب من لم يحكِ فيه خلافًا.

ومنها: استئجار غير الظِّئر بالطَّعام والكسوة، وفيه روايتان، أصحُّهما: الجواز؛ كالظِّئر.

ومنها: البيع، فلو باعه ثوبًا بنفقة عبده شهرًا؛ صحَّ، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنها: النِّكاح، تقع الكسوة والنَّفقة فيه عوضًا عن تسليم المنافع،

---

(١) في (أ) و(هـ): غيرها.

(٢) في (أ): والكسوة.

ولا يحتاج إلى شرطها في العقد، كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الَّذي يحصل به أصل الاستباحة، ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته؛ صحَّ، وكان من المهر[١].

وأمَّا غير المعاوضة: فهو إباحة النَّفقة للعامل ما دام متلبِّسًا بالعمل، ويقع ذلك في العقود الجائزة؛ إمَّا بأصل الوضع، أو لأنَّه لا يجوز المعاوضة عنه بالشَّرع.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المضاربة؛ فيجوز اشتراط المضارَب النفقة والكسوة في مدَّة المضاربة.

ومنها: الشَّركة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ظاهر هذا: أنَّه لا يشترط مع ذلك تعيين مدة؛ كنفقة الزوجة، بل يكون ذلك مؤقَّتًا ببقاء العقد.

وقوله: «وكان من المهر» يحتمل أن يقال: بل يكون لاحقًا بنفقتها الَّتي هي عوض عن تسليم المنافع؛ لكونها من جنسها، فإلحاقها بها أشبه، ولو صرح بذلك فشرطت نفقة ولدها وكسوتها في مقابلة التَّسليم؛ هل يصحُّ ذلك؟ يحتمل المنع؛ لأنَّ الواجب لها في مقابلة منافعها نفقتها وكسوتها، واحتملت جهالة ذلك بالنَّصِّ، فاشتراطُ زائدٍ عليه، لم يجب بالشرع، فلا يحتمل جهالته).

قلنا: قال في الإنصاف (٢٠/٣٩٨): (قال ابن نصر الله في «حواشيه»: «وظاهره: لا يشترط مع ذلك تعيين مدة، كنفقة الزوجة وكسوتها، فإنه ذكرها بعدها» انتهى. قلت: ليس الأمر كذلك، والفرق بين المسألتين واضح).

ومنها(١): الوكالة.

ومنها: المساقاة والمزارعة إذا قلنا: بعدم لزومهما(٢).

وما بقي معهم من النَّفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود؛ هل يستقرُّ ملكهم عليه أم لا؟

يحتمل ألَّا يستقر؛ لأنَّ ما يتناوله إنما هو على وجه الإباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب: إذا اشترط المضارَب التَّسرِّي من مال المضاربة، فاشترى أمة منه؛ ملكها، ويكون(٣) ثمنها قرضًا عليه؛ لأنَّ الوطء لا يستباح بدون الملك، بخلاف المال؛ فإنَّه يستباح بالبذل والإستباحة(٤)، كما يستبيح المرتهن الانتفاع بالرَّهن بشرطه في عقد البيع، نصَّ عليه أحمد، وتكون(٥) إباحة.

وأشار أبو بكر عبد العزيز إلى رواية أخرى: يملك(٦) المضارب الأمة بغير عوض.

وعلى هذا؛ فيحتمل أن تكون النفقة والكسوة تمليكًا، فلا يرد ما فضل منهما.

(١) مكان قوله: (ومنها) في (أ): و.
(٢) في (هـ) و(و): لزومها.
(٣) في (و): فيكون.
(٤) في (ب): والإباحة.
(٥) في (د) و(هـ): ويكون.
(٦) في (هـ) و(و): بملك.

ويحتمل أن يفرَّق بين اليسير والكثير[١]؛ كما في المأخوذ من المغنم[٢].

ومنها: إذا أخذ الحاجُّ نفقة من غيره ليحجَّ عنه؛ فإنَّه عقدٌ جائز، والنَّفقة فيه إعانة على الحجِّ لا أجرة، وينفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده، وإن فضلت فضلة ردَّها، نصَّ عليه.

وكذا إن كانت الحجَّة عن ميت؛ إمَّا أن[٣] تكون حجَّة الإسلام، أو أوصى بأن يحجَّ عنه حجَّة[٤]، فإنَّ فاضل النَّفقة يستردُّه الورثة إلَّا أن يعيِّن الموصي في وصيَّته إعطاء مقدار معيَّن لمن يحجُّ عنه حجَّة، فإنَّ الفاضل يكون له في المعروف من المذهب.

ونقل ابن منصور عن أحمد: إذا قال: حُجُّوا عنِّي بألف درهم حجَّة؛ يحجُّ عنه حجَّة، وما فضل يردُّ إلى الورثة[٥].

وهذا يدلُّ على أنَّه لا يجوز أن يدفع إلى من يحجُّ أكثر من نفقته، ولم يجعل الباقي وصيَّة؛ لأنَّ الحاج هنا غير معين، فلا تصحُّ الوصية له، بخلاف ما إذا كان معيَّنًا.

ووجه المذهب: أن الموصى له يتعيَّن لحجِّه[٦] فيصير معلومًا.

---

(١) في (أ): الكثير واليسير.
(٢) في (و): الغنم.
(٣) في (ب) وباقي النسخ: بأن.
(٤) قوله: (حجَّة) سقط من (ب) و(ج) و(و) و(ن).
(٥) مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٦٩).
(٦) في (ب) و(ج) و(ن): بحجه.

وإن قال: حجُّوا عنِّي بألف، ولم يقل: حجَّة؛ فالمذهب: أنَّها تصرف في حجَّة بعد أخرى حتَّى تنفذ.

وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى: أنَّه يحجُّ عنه حجَّة واحدة بنفقة المثل والباقي للورثة.

ومنها: إذا أخذ الحاجُّ من الزكاة ليحجَّ به؛ فإنه يجوز؛ بناء على قولنا: إنَّ الحج من السبيل، فإن حجَّ ثمَّ فضلت فضلة؛ فهل يستردُّ أم لا؟

الأظهر: استردادها؛ كالوصيَّة، وأولى؛ لأنَّ هذا المال يجب صرفه في مصارفه المعيَّنة شرعًا، ولا يجوز الإخلال بذلك، بخلاف فاضل الوصيَّة، فإنَّ الحقَّ فيه للورثة، ولهم تركه.

وقياس قول الأصحاب في الغازي: أنَّه لا يستردُّ.

وظاهر كلام أحمد في رواية الميمونيِّ: أنَّ الدَّابَّة لا تستردُّ، ولا يلزم مثله في النَّفقة؛ لأنَّ الدَّابَّة قد صرفت في سبيل الله، بخلاف فاضل النَّفقة، ويملكها بخروجه من بلده[١]، بخلاف الغازي، نصَّ عليه في رواية الميمونيِّ.

وعلَّل بأنَّه من حين يخرج فهو ابن سبيل، له حقٌّ في الزكاة، والغازي إنما أعطي للغزو؛ فلا يملك بدونه[٢]، وهذا يرجع إلى أنَّ من

[١] كتب على هامش (ن): (أي: يملك الحاجُّ الدَّابة الَّتي أخذها من الزكاة بخروجه).

[٢] كتب على هامش (ن): (قد يقال في الغازي أيضًا: إنَّه مِن حين يخرج فهو ابن سبيل، فيستويان في الملك بالخروج؛ لوجود سبب مبيح، غير السبب المأخوذ له).

أخذ لسبب، فانتفى وخلفه سبب آخر مبيح للأخذ؛ أنَّ له الإمساك بالسَّبب الثَّاني، وفيه خلاف بين الأصحاب.

ومنها: إذا أخذ الغازي نفقة أو فرسًا ليغزو عليها؛ فإنَّه يجوز، ويكون عقدًا جائزًا لا لازمًا، وهو إعانة على الجهاد، لا استئجارٌ عليه(١)، فإن رجع والفرس معه؛ ملكها، ما لم تكن وقفًا أو عاريةً، نصَّ عليه أحمد(٢)، ولا يملكها حتَّى يغزوَ.

قال القاضي في «خلافه»: ويكون تمليكًا بشرط.

ومعناه: أنَّه تمليك مراعًى بشرط الغزو، فإن غزا؛ تبيَّنَّا أنه ملكه بالقبض؛ فإنَّ قاعدة المذهب: أنَّ الهبة لا تقبل التَّعليق، وكذلك عقود المعاوضات[١].

وإن فضل معه من الكسوة؛ فهو كالفرس.

وإن فضل من النَّفقة؛ ففيه روايتان:

إحداهما: يملكها أيضًا، نقلها عليُّ بن سعيد(٣).

---

[١] كتب على هامش (ن): (عقود المعاوضات لا تقبل التعليق؛ كالبيع، والهبة، والإجارة، ونحو ذلك).

---

(١) في (أ): على الجهاد.

(٢) جاء في الوقوف والترجل (ص ١٠٣): (حدثنا حنبل قال: سمعت أبا عبد الله يقول: إذا حمل الرجل على الدابة يغزو عليها ولم تكن حبيسًا، فغزا عليها غزاة كانت له).

(٣) هو علي بن سعيد بن جرير النسوي، أبو الحسن، روى عن الإمام أحمد جزأين مسائل. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٢٤.

والثَّانية: يردُّ الفاضل في الغزو؛ إلَّا أن يؤذن له في الاستعانة به في غزوة أخرى، نقلها حنبل.

والفرق بين النَّفقة وغيرها: أنَّ الدَّابَّة قد صرفت في سبيل الله واستعملت فيه، وكذلك الكسوة؛ فحصل المقصود بها، بخلاف ما فضل من النَّفقة.

فأمَّا إن أخذ من الزَّكاة، ثمَّ فضلت فضلة:

فقال الخرقيُّ والأكثرون: لا تستردُّ(١).

وحكى صاحب «المحرَّر» وغيره وجهين.

وقد قدَّمنا الفرق بين مال الزَّكاة وغيره.

ونصَّ أحمد في رواية المروذيِّ على أنَّ الدَّابة تكون له، ولا يلزم مثله في النَّفقة؛ لما قدَّمنا.

---

(١) في (أ): يستردُّ.

قاعدة [٧٣]

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد على ضربين:

أحدهما: أن يكون استئجارًا له مقابلًا بعوض؛ فيصحُّ على ظاهر المذهب؛ كاشتراط المشتري على البائع خياطة الثَّوب، أو قصارته، أو حمل الحطب ونحوه، ولذلك يزاد به الثَّمن.

والثَّاني: أن يكون إلزامًا له لما لا يلزمه بالعقد، بحيثُ يجعل ذلك من مقتضى العقد ولوازمه مطلقًا، ولا يقابل بعوض؛ فلا يصحُّ.

وله أمثلة:

منها: اشتراط مشتري الزَّرع القائمِ في الأرض حصادَه على البائع؛ فلا يصحُّ، ويفسد به العقد، ذكره الخرقيُّ؛ لأنَّ حصاد الزَّرع قد يتوهَّم أنَّه من تمام التسليم[١] الواجب على البائع، كما ظنَّه[٢] بعض الفقهاء.

وحكى ابن أبي موسى في فساده به وجهين[٣]

ومنها: اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة أو المزارعة على

(١) في (أ) و(هـ): تسليم.

(٢) في (ب): ذكره، وفي (ن): قاله.

(٣) قوله: (وحكى ابن أبي موسى في فساده به وجهين) ذُكر في (أ) و(ج) و(د) بعد قوله فيما تقدم: (ذكره الخرقي).

الآخر ما لا يلزمه بمقتضى العقد؛ فلا يصحُّ، وفي فساد العقد به خلاف.

ويتخرَّج صحَّة هذه الشُّروط أيضًا من الشُّروط في النِّكاح وغيرها، وهو ظاهر كلام أكثر المتأخِّرين، ولذلك[١] استشكلوا مسألة الخرقيِّ في حصاد الزَّرع.

ومنها: شرط إيفاء المسلَم فيه في غير مكان العقد، وحُكي في صحَّته روايتان.

والمنصوص عن أحمد: فسادُه في رواية مهنَّى، وأومأ إليه في رواية ابن منصور، وقال: ليس في حديث النَّبيِّ ﷺ تسمية المكان[٢].

يشير بذلك إلى أنَّ السَّلم يشترط فيه أن يذكر في العقد أوصاف المسلَم[٣] فيه، وقدره، وزمان محلِّه، كما دلَّ عليه الحديث[٤]، وليس فيه ذكر مكان إيفائه؛ فاشتراط ذكر مكانه يوهم أنَّ ذلك من جنس ذكر زمانه، وأنَّه مستحَقٌّ بنفس العقد، بخلاف غيره من البيوع الَّتي لا يذكر في عقودها شيء من ذلك.

---

(١) في (ب): وكذلك.

(٢) مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٣٦).

(٣) في (ب): المتسلَّم.

(٤) يشير إلى ما أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ومسلم (١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

قاعدة [٧٤]

فيمن يستحقُّ العوض عن عمله بغير شرط.

وهو نوعان:

أحدهما: أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض.

والثَّاني: أن يعمل عملًا فيه غناء عن المسلمين، وقيام بمصالحهم العامة، أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة.

أمَّا الأوَّل؛ فيندرج تحته صور كثيرة؛ كالملَّاح، والمكاري، والحجَّام، والقصَّار، والخيَّاط، والدَّلَّال، ونحوهم ممَّن يرصد نفسه للتَّكسُّب بالعمل، فإذا عمل؛ استحقَّ أجرة المثل؛ وإن لم يسمَّ له شيء، نصَّ عليه.

وأمَّا الثَّاني؛ فيدخل تحته صور:

منها: من قتل مشركًا في حال الحرب مغرِّرًا بنفسه في قتله؛ فإنَّه يستحقُّ سَلَبه بالشَّرع لا بالشرط في أصحِّ الرِّوايتين.

ومنها: العامل على[1] الصَّدقات؛ فإنَّه يستحقُّ أجرة عمله بالشرع، قال أحمد في رواية صالح: العاملين عليها الَّذين جعل الله لهم الثَّمن

---

(١) في (أ): في.

في كتابِه: السُّلطانُ[١](١).

وقال في رواية حنبل: يكون لهم الَّذي يراه الإمام.

وظاهر هذا: أنَّه يجب ذلك له بالشَّرع، ويجوز له أخذه مع الغنى، بخلاف وليِّ اليتيم على المشهور؛ لأنَّ العامل يعطيه الإمام ما وجب له بالشَّرع؛ إمَّا مقدَّرًا أو غير مقدَّرٍ، والوليُّ يأخذ لنفسه(٢)، وقد أمره الله بالاستعفاف مع الغنى.

وأيضًا؛ فأموال الزَّكاة حقٌّ لغير معيَّنين، بخلاف مال اليتيم.

وأيضًا؛ فمال الزَّكاة يستحقُّه مع الغنى جماعة؛ فالعامل الَّذي حصَّل الزَّكاة وجباها أولى.

وأيضًا؛ فالعامل هو الَّذي جمع المال وحصَّله، بخلاف وليِّ اليتيم.

وذكر القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة»: أنَّ قياس المذهب: أنَّ العامل لا يستحقُّ إذا لم يشرط له جُعل؛ إلَّا أن يكون معروفًا بأخذ الأجرة على عمله.

---

[١] كتب على هامش (ن): (صفة لـ«كتابه»، ويحتمل أنه خبر «الَّذين»).

ثم عُلِّق عليه: (الَّذي يظهر أنَّه خبر لقوله: «العاملين» الموصوف بقوله: «الذين» إلى آخره، وما في الحاشية كلام ساقط).

---

(١) جاء في مسائل صالح (ص ١٤٥): (وسألته عن هذه الآية ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ﴾ [التوبة: ٦٠]، قال أبي: الصدقات زكاة الإبل والبقر والغنم...، والعاملين عليها السلطان).

(٢) في (ب) وباقي النسخ: بنفسه.

والأوَّل أصحُّ؛ لأنَّ حقَّه ثابت بالنَّصِّ؛ فهو كجُعْل ردِّ الإباق وأولى؛ لورود القرآن به.

ومنها: من ردَّ آبقًا على مولاه؛ فإنَّه يستحقُّ على ردِّه جُعلًا بالشَّرع، سواء شرطه أو لم يشرطه على ظاهر المذهب، وفيه أحاديث مرسلة وآثار(١)، والمعنى فيه الحثُّ على حفظه على سيِّده وصيانة العبد عمَّا يخاف من لحاقه بدار الحرب والسَّعي في الأرض بالفساد، ولهذا المعنى اختصَّ الوجوب بردِّ الآبق دون غيره من الحيوان والمتاع.

وسواء كان معروفًا بردِّ الأُبَّاق أو لم يكن، إلَّا السَّلطان؛ فإنَّه لا شيء له، نصَّ عليه في رواية حرب(٢)؛ لانتصابه للمصالح، وله حقٌّ في بيت المال على ذلك(٣)، ولذلك لم يكن له الأكل من مال اليتيم كما سبق.

ومنها: من أنقذ مال غيره من التَّلف؛ كمن خلَّص عبد غيره من فلاة مهلكة، أو متاعه من موضع يكون هلاكه فيه محقَّقًا أو قريبًا منه؛ كالبحر وفم السَّبُع(٤)؛ فنصَّ أحمد على وجوب الأجرة له في المتاع.

وذكره القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني» في العبد أيضًا.

وحكى القاضي فيه احتمالًا بعدم الوجوب؛ كاللُّقَطَةِ.

(١) تقدم ذكرها ١/ ٢٦٦.

(٢) جاء في الفروع (٧/ ١٨٤): (ونقل حرب: لا يستحقه إمام؛ لأنه ينبغي له رده على ربه).

(٣) في (أ): ذلك صحة.

(٤) قوله: (وفم السَّبع) هو في (أ): والسَّبع.

وأورد في «المجرد» عن نصِّ أحمد فيمن خلَّص من فم السَّبع شاة أو خروفًا أو غيرهما؛ فهو لمالكه الأوَّل، ولا شيء للمخلِّص.

والصَّحيح الأوَّل؛ لأنَّ هذا يخشى هلاكه وتلفه على مالكه، بخلاف اللُّقَطة.

وكذلك لو انكسرت السَّفينة، فخلَّص قومٌ الأموال من البحر؛ فإنَّه تجب لهم الأجرة على الملَّاك، ذكره في «المغني»؛ لأنَّ فيه حثًّا وترغيبًا في إنقاذ الأموال من الهلكة، فإنَّ الغوَّاص إذا علم أنه يستحق الأجرة؛ غرر بنفسه وبادر إلى التخليص، بخلاف ما إذا علم أنَّه لا شيء له؛ فهو في معنى ردِّ الآبق.

وفي «مسودة شرح الهداية» لأبي البركات: (وعندي أنَّ كلام أحمد على ظاهره في وجوب الأجرة في تخليص المتاع من المهالك دون الآدميِّ؛ لأنَّ الآدميَّ أهلٌ في الجملة لحفظ نفسه) انتهى.

وفيه نظر؛ فقد يكون صغيرًا أو عاجزًا، وتخليصه أهمُّ وأولى من المتاع، وليس في كلام أحمد تفرقة.

فأمَّا من عمل في مال غيره على غير ما ذكرنا؛ فالمعروف من المذهب: أنَّه لا أجرة له.

ونقل أبو جعفر الجرجانيُّ[1] عن أحمد في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه؛ قال: لهذا الَّذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون منفعةً لصاحب القناة[2].

(١) في (ب) و(ج) و(و): الجرجرائيُّ.
(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٦٨).

وهذه تتخرَّج على أصلين:

أحدهما: أنَّ الغاصب يكون شريكًا بآثار عمله.

والثَّاني: أنَّه يجبر على أخذ قيمة آثار عمله من المالك؛ ليتملَّكها عليه.

وصرَّح القاضي في «خلافه»: بأنَّه يكون شريكًا بآثار عمله إذا زادت به القيمة حتَّى في غسل الثَّوب ونحوه، وذكر نصَّ أحمد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هانئ، وتبعه على ذلك جماعة من الأصحاب.

وحمل ابن عقيل في «مفرداته» هذه النُّصوص على أنَّ العامل هنا في القناة كان شريكًا فيها.

وليس في النصوص شيء يُشعِر بذلك.

ومن الأصحاب من أقرَّ النصوص على ظاهرها، وجعل هذا الحكم مطَّردًا في كلِّ من عمل عملًا لغيره فيه مصلحة له وهو محتاج إليه؛ كحصاد زرعه، والاستخراج من معدِنه ونحوِ ذلك؛ تخريجًا من العمل في القناة، ومنهم الحارثيُّ.

وكأنَّهم جعلوه بمنزلة تصرف الفضوليِّ[1]؛ فللمالك حينئذ أن يُمضيَه ويردَّ عوضه، وهو أجرة المثل، وله أن لا يمضيَه فيكون العامل شريكًا بالعمل.

وقد قال القاضي في «بعض تعاليقه» - وقرأته بخطِّه - في الأجير

(١) في (ب): للفضوليِّ.

إذا عمل في[1] العين المستأجر عليها دون ما شرط عليه[2]: إنَّ المالك مخيَّر؛ إن شاء ردَّ عمله وأخذ الأجرة وصار الأجير شريكًا بعمله، وإن شاء قَبِل العمل، ورجع على الأجير بالأرش.

وذكر نصَّ أحمد في رواية الميمونيِّ بالرُّجوع بالأرش، ثمَّ حمله على أنَّه كان قد رضي بالعمل.

وقال القاضي في «خلافه»: قياس المذهب إذا لم يأت الحائك بالثَّوب على الصِّفة المشروطة: إن شاء ضمَّنه قيمة الغزل ولا أجرة له، وإن شاء ضمَّنه قيمته منسوجًا وعليه الأجرة، وتكون الأجرة ههنا ما زاد على قيمة الغزل.

ثم ذكر رواية الميمونيِّ هذه، وقال: هي محمولة على أن صاحب الثوب اختار تقويمه معمولًا، والتزم قيمة الصنعة التي هي دون التي وافقه عليها.

وهذا الَّذي قاله بعيدٌ جدًّا أن يضمِّن المالك للصَّانع[3] قيمة الثَّوب مع بقائه، ولا يصحُّ حمل كلام أحمد على ما قاله؛ لأنَّ أحمد قال: (ينظر ما بينهما فيرجع به على الصَّانع)، وهذا تصريح بالرُّجوع عليه بالأرش خاصَّة.

وأيضًا؛ فلو غصب غزلًا ونسجه؛ لم يملك المالك إلزامه به ويطالبه

(١) قوله: (في): سقط من (أ) و(د) و(هـ).
(٢) في (ب): على.
(٣) في (أ): الصانع.

بالقيمة؛ فكيف يملك مطالبة الأجير بذلك؟!

وذكر ابن عقيل في هذه المسألة: أنَّ المالك يملك استرجاع الأجرة المسمَّاة ودفع أجرة المثل، ثمَّ ذكر احتمالًا بالرُّجوع بالأرش؛ كما هو المنصوص، والله أعلم.

ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذًا له من التَّلف المشرِف عليه؛ كان جائزًا؛ كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، صرَّح به صاحب «المغني»، ويفيد هذا أنَّه لا يضمن ما نقص بذبحه.

قاعدة [٧٥]

فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره[١] بغير إذنه.

وهو نوعان:

أحدهما: من أدَّى واجبًا عن غيره.

والثَّاني: من أنفق على ما تعلَّق به حقُّه من مال غيره.

فأمَّا النّوع الأوَّل؛ فيندرج تحته صور:

منها: إذا قضى عنه دينًا واجبًا بغير إذنه؛ فإنَّه يرجع به عليه في أصحِّ الرِّوايتين، وهي المذهب عند الخرقيِّ وأبي بكر والقاضي والأكثرين.

واشترط القاضي: أن ينوي الرجوع، ويُشهد على نيَّته عند الأداء، فلو نوى التَّبرُّع أو أطلق النِّيَّة؛ فلا رجوع له.

واشترط أيضًا: أن يكون المدين ممتنعًا من الأداء، وهو يرجع إلى أن لا رجوعَ إلا عند تعذُّر إذنه.

وخالف في ذلك صاحبا(١) «المغني» و«المحرَّر»، وهو ظاهر إطلاق

---

[١] كتب على هامش (ن): (لو قيل: أنفق عن غيره؛ كان أنسب؛ ليصحَّ كونه جنسًا للنوعين، فإنَّ من قام عن غيره بواجب لا يصحُّ أن يقال فيه: إنَّه أنفق على مال غيره).

---

(١) في (أ) و(هـ): صاحب.

القاضي في «المجرَّد» والأكثرين.

وهذا في ديون الآدميِّين، فأمَّا ديون الله ﷻ؛ كالزكاة والكفارة؛ فلا يرجع بها من أدَّاها عمن هي عليه، وعلَّل القاضي ذلك: بأنَّ أداءها بدون إذن من هي عليه لا تصحُّ؛ لتوقُّفها على نيَّته، ويلزم على هذا لو حجَّ رجل عن ميت بدون إذن وليه، وقلنا: يصح، أو أعتق عنه في نذر، أو أطعم عنه في كفَّارة، وقلنا: يصحُّ؛ أنَّ له الرجوع بما أنفق؛ لسقوط اعتبار الإذن هنا، ويكون كأداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع.

ومنها: لو اشترى أسيرًا حرًّا مسلمًا من أهل دار الحرب، ثمَّ أطلقه، أو أخرجه إلى دار الإسلام؛ فله الرُّجوع عليه بما اشتراه به، سواء أذن له أو لم يأذن؛ لأنَّ الأسير يجب عليه افتداء نفسه؛ ليتخلَّص من الأسر، فإذا فداه غيره؛ فقد أدى عنه واجبًا فيرجع به عليه، وأكثر الأصحاب لم يحكوا في الرُّجوع ههنا خلافًا.

وحكى القاضي في كتاب الرِّوايتين[(١)] رواية أخرى: يتوقَّف الرجوع على الإذن.

وهل يُعتبر للرُّجوع ههنا نيته[(٢)]، أم يكفي إطلاق النِّيَّة؟ على وجهين:

أحدهما: تعتبر نيَّة الرُّجوع؛ كقضاء الدِّيون، وهو ظاهر كلام القاضي.

---

(١) زاد في (ب): (فيه).

(٢) في (أ): نية.

والثَّاني: يرجع ما لم ينو التَّبرع، وبه جزم في «المحرَّر»؛ للأثر المرويِّ عن عمر رضي الله عنه(١)، ولأنَّ إفتكاك(٢) الأسرى مطلوب شرعًا؛ فيرغَّب فيه بتوسعة طرق الرجوع؛ لئلَّا تقلَّ الرغبة فيه.

ومنها: نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم(٣) إذا امتنع من تجب عليه النَّفقة، فأنفق عليهم غيره بنيَّة الرُّجوع؛ فله الرُّجوع[١]؛ كقضاء الدُّيون(٤)، جزم به القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «مفرداته».

---

[١] كتب على هامش (ن): (هل الامتناع عبارة عن عدم حصول الإنفاق منه على أي وجه كان، أو شرطه أن يكون قد طولب بالنفقة، فلم ينفق؟ يحتمل وجهين، والأظهر: الأوَّل؛ قياسًا على من أدَّى الدَّين عن المدين، فإنَّه لا يشترط فيه ذلك عند الأكثرين خلافًا للقاضي، كما تقدَّم).

---

(١) لعله يشير إلى ما أخرجه البيهقي (٢/ ٣٣٥) عن الشعبي، قال: أعان أهل ماه أهل جلولاء على العرب، وأصابوا سبايا من سبايا العرب، ورقيقًا ومتاعًا، ثم إن السائب بن الأقرع - عامل عمر بن الخطاب - غزاهم، ففتح ماه، فكتب إلى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه، وفي رجل أصاب كنزًا بأرض بيضاء، فكتب عمر: «إن المسلم أخو المسلم، لا يخونه ولا يخذله، فأيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه؛ فهو أحق به من غيره، وإن أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل إليه، وأيما حرٍّ اشتراه التجار؛ فإنه يرد عليهم رؤوس أموالهم، وأن الحر لا يباع ولا يشترى».

(٢) في (أ): افكاك. وفي (هـ): فكاك. وفي (و): انفكاك.

(٣) قوله: (الأقارب والبهائم) سقط من (أ).

(٤) قوله: (كقضاء الدُّيون) سقط من (أ).

ومنها: لو أنفق على عبده الآبق في حال ردِّه إليه؛ فإنَّه يرجع بما أنفق، نصَّ عليه(١)، وجزم به الأكثرون من غير خلاف؛ فإنَّه يستحقُّ جُعلًا على الرَّدِّ عوضًا عن بذله منافعه؛ فلأنْ يجب له العوض عمَّا بذله من المال في ردِّه أولى.

واشترط أبو الخطاب وصاحب «المحرَّر» العجز عن استئذان المالك، وضعَّفه صاحب «المغني».

ولا يتوقَّف الرجوع على تسليمه، فلو أبقَ منه قبل ذلك؛ فله الرُّجوع بما أنفق عليه، نصَّ عليه أحمد في رواية عبد الله، وصرَّح به الأصحاب.

وكذلك حكم العبد المنقطع بمهلكة.

وحكى أبو بكر وابن(٢) أبي موسى في الرُّجوع بنفقته روايتين.

ولو أراد استخدامه بدل النَّفقة؛ ففي جوازه روايتان، حكاهما أبو الفتح الحلوانيُّ في «الكفاية»؛ كالعبد المرهون.

ومنها: نفقة اللُّقطة[١]، حيوانًا كانت أو غيره، ممَّا يحتاج في حفظه إلى مؤنة وإصلاح، فإن كانت بإذن حاكم رجع بها؛ لأنَّ إذنَه قائمٌ مقام إذن(٣) الغائب.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في حول التعريف).

---

(١) جاء في مسائل عبد الله (ص ٣١٠): (سمعت أبي يقول: إذا أخذ الآبق فأنفق عليه، ثم أبق يرجع على سيده بالنفقة، ولا شيء عليه).

(٢) في (أ): ابن.

(٣) قوله: (إذن) سقط من (أ).

وإن لم يكن بإذنه؛ ففيه الرِّوايتان(١).

ومنهم من رجَّح ههنا عدم الرُّجوع؛ لأنَّ حفظها لم يكن متعيِّنًا، بل كان مخيَّرًا بينه وبين بيعها وحفظ ثمنها.

وذكر ابن أبي موسى: أنَّ الملتقط إذا أنفق غير متطوِّع بالنفقة؛ فله الرُّجوع بها، وإن كان محتسبًا[١]؛ ففي الرجوع روايتان.

ومنها: نفقة اللَّقيط، خرجها بعض الأصحاب على الرِّوايتين.

ومنهم من قال: يرجع ههنا قولًا واحدًا، وإليه ميل صاحب «المغني»؛ لأنَّ له ولاية على الملتقَط، ونصَّ أحمد أنَّه يرجع بما أنفقه على بيت المال.

ومنها: الحيوان المودَع إذا أنفق عليه المستودَع ناويًا للرُّجوع، فإن تعذَّر استئذان مالكه؛ رجع، وإن لم يتعذَّر؛ فطريقان(٢):

إحداهما: أنَّه على الرِّوايتين في قضاء الدَّين، وأولى؛ لأنَّ للحيوان حرمة في نفسه توجب تقديمه على قضاء الديون أحيانًا، وهي طريقة صاحب «المغني».

---

[١] كتب على هامش (ن): (المحتسب المتطوِّع، وجريان الخلاف في ذلك غريب).

---

(١) علق في الإنصاف (١٦/ ٢٢١): (يعني اللتين فيمن أدى حقًّا واجبًا عن غيره بغير إذنه، ونوى الرجوع، والصحيح من المذهب الرجوع، على ما تقدم في باب الضمان، فكذا هنا).

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(و): فطريقتان.

والثَّانية: لا يرجع قولًا واحدًا، وهي طريقة «المحرَّر»؛ متابعة لأبي الخطاب[(١)].

لكن من اعتبر للرجوع في قضاء الدَّيون[(٢)] تعذَّر الإذن؛ فهنا أولى.

ومن[(٣)] لم يعتبر ذلك في الدَّين واعتبره ههنا؛ فرَّق: بأنَّ قضاء الدَّين فيه إبراء لذمته[(٤)] وتخليص له من الغريم، وههنا إشغالٌ لذمته[(٥)] بدين لم تكن[(٦)] مشتغلة به.

وهو ضعيف، وينتقض بنفقة الأقارب كما تقدَّم، فإنَّ المطالبة هنا متوجِّهة من الحاكم بإلزامه؛ فقد خلَّصه من ذلك وعجَّل براءته منه، وقضاء الدَّين لم تبرأ به ذمَّته بالكليَّة، بل هي مشغولة بدين المؤدِّي عنه.

وأيضًا؛ فإنَّ الإذن في الإنفاق على الحيوان المؤتمن عليه عرفيٌّ؛ فيتنزَّل منزلة اللَّفظيِّ.

ومنها: نفقة طائر غيره إذا عشَّش في داره، قال أحمد في رواية المروذيِّ، في طَيْرةٍ أفرخت عند قوم من الجيران: فالفراخ تتبع الأمَّ، يُردُّون على أصحابها، فإن كان قد أعلف الفراخ مدَّة مقامها في يده

(١) علَّق عليه في الإنصاف (١٦/ ٢٠): (وهذه الطريقة هي المذهب، وهي طريقة صاحب «التلخيص»، و«الفروع»، و«الوجيز»، وغيرهم).
(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): الدّون.
(٣) في (أ): ومتى. وفي (د) و(هـ) و(و): وأمَّا من.
(٤) في (أ): الذمة.
(٥) في (أ): اشتغال الذمة.
(٦) في (أ): يكن.

متطوِّعًا؛ لم يرجع، وإن لم يتطوَّع يحتسب[١] بالنَّفقة؛ أخذ من صاحبها ما أنفق(١)، ولم يفرِّق بين إمكان الاستئذان وعدمه.

وخرَّج القاضي رواية أخرى: بعدم الرُّجوع بكلِّ حال، من نظيرها في المرتهن وغيره.

وأمَّا النّوع الثَّاني: وهو ما يرجع فيه بالإنفاق على مال غيره لتعلُّق حقِّه به؛ فله صور:

منها: إنفاق أحد الشَّريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجلين بينهما أرض أو دار أو عبد يحتاج إلى أن ينفق على ذلك، فيأبى الآخر؛ قال: ينظر في ذلك، فإن كان يضرُّ بشريكه(٢) ويمتنع ممَّا يجب عليه؛ ألزم ذلك وحكم به عليه، ولا يُضرُّ بهذا، ينفق ويحكم به عليه.

ويتفرَّع على هذه المسألة فروع، من جملتها: إذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف، فانهدم، وطلب أحدهما أن يبنيَ الآخر معه:

فالمذهب: أنَّه يجبر على ذلك.

وفيه رواية أخرى: لا يجبر؛ فينفرد الطَّالب بالبناء ويمنع الشَّريك من الانتفاع حتَّى يأخذ منه ما يخصُّ حصَّته من النفقة، نص عليه؛ لأنَّ من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعًا به؛ كالوصيِّ والحاكم في

---

[١] كتب على هامش (ن): (يصحُّ كونه بدلًا من يتطوَّع).

---

(١) ينظر: المغني (٦/ ١٠٥)

(٢) في (أ): شريكه.

ملك اليتيم.

ومن صور النَّوع: إذا جنى العبد المرهون، ففداه المرتهن بغير إذن الرَّاهن؛ قال أكثر الأصحاب؛ كالقاضي وابن عقيل وأبي الخطاب وغيرهم: إن لم يتعذَّر استئذانه؛ فلا رجوع، وإن تعذَّر؛ خُرِّج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون؛ لأنَّ الفداء هنا لمصلحة الرَّهن واستبقائه، وذلك واجب على الرَّاهن لحقِّ المرتهن.

وقال صاحب «المحرر»: لا يرجع بشيء، وأطلق؛ لأنَّ المالك لم يجب عليه الافتداء والتَّسليم(١) ههنا.

وكذلك لو سلَّمه؛ لم تلزمه قيمته لتكون رهنًا، وقد وافق الأصحاب على ذلك، وإنَّما خالف فيه ابن أبي موسى.

ومنها: مؤنة الرَّهن، من كري مخزنه، وإصلاحه، وتشميسه، ونحو ذلك ممَّا يلزم الرَّاهن إذا قام بها المرتهن بدون إذنه مع تعذُّره؛ فهي جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سيأتي، صرَّح به الأصحاب؛ لأنَّ ذلك ممَّا لا بدَّ منه لحفظ ماليَّة الرَّهن، فصار واجبًا على الرَّاهن؛ لعلاقة حقِّ المرتهن[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (سأل سائلٌ عن رجل رهن عند شخص قماشًا، فهل يجب على المرتهن أن [....] القماش المرهون أم لا؟ فأجبته: أنَّه لا يجب على المرتهن شيء من ذلك، حتَّى لو تركه فتلف؛ لا يضمن، ومن هنا تؤخذ المسألة، بل هي صريح فيها، والله أعلم).

---

(١) قوله: (والتَّسليم) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

ومنها: لو خربت الدَّار المرهونة، فعَمَرها المرتهن بغير إذن؛ فقال القاضي في «المجرَّد» وصاحبا «المغني» و«المحرر»: لا يرجع إلَّا بأعيان آلته؛ لأنَّ عمارة الدَّار لا تجب على المالك.

والمجزوم به في «الخلاف الكبير» للقاضي: أنَّه يرجع؛ لأنَّه من مصلحة الرَّهن.

وقال ابن عقيل: (يحتمل عندي أن يرجع بما يحفظ به أصل ماليَّة الدَّار؛ لحفظ وثيقته؛ لأنَّها نفقة لحفظ مالية وثيقته، وذلك غرض صحيح) انتهى.

ولو قيل: إن كانت الدَّار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدَّين المرهون به؛ لم يرجع؛ لأنَّه لا حاجة له إلى عمارتها حينئذٍ؛ وإن كانت دون حقِّه أو وفق حقِّه، ويخشى من تداعيها للخراب شيئًا فشيئًا حتَّى تنقص عن مقدار الحقِّ؛ فله أن يَعْمُر ويرجع؛ لكان متوجِّهًا[١].

ومنها: عمارة المستأجر في الدَّار المستأجرة لا يرجع بها، نصَّ عليه أحمد في غلق الدَّار إذا عمله السَّاكن.

ويحتمل الرُّجوع؛ بناء على مثله في الرَّهن، ولكن حكى صاحب «التلخيص»: أنَّ المؤجِر يجبر على الترميم بإصلاح منكسر وإقامة مائل، فأمَّا تجديد البناء والأخشاب؛ فلا يلزمه؛ لأنَّه إجبار على تسليم[٢] عين لم يتناولها العقد، وللمستأجر الخيار، قال: (ويحتمل أن يلزمه

(١) قال في الإنصاف (١٢/ ٥٠١): (وهو قوي).

(٢) قوله: (تسليم) سقط من (أ).

التَّجديد) انتهى.

فعلى القول[(١)] الأوَّل: لا يمكن القول برجوع المستأجر بما أنفق على التَّجديد.

وعلى الثَّاني: يحتمل الرُّجوع.

فصل

وقد يجتمع النَّوعان في صور، فيؤدِّي عن ملك غيره واجبًا يتعلَّق به حقُّه، وفي ذلك طريقان:

أحدهما: أنَّه على روايتين أيضًا، وهي طريقة الأكثرين.

والثَّاني: أنَّه يرجع ههنا رواية واحدة، وهي طريقة القاضي في «خلافه».

فمن ذلك: أن ينفق المرتهن على الرَّهن[(٢)] بإطعام أو كسوة إذا كان عبدًا أو حيوانًا؛ ففيه الطَّريقان؛ وأشهرهما: أنَّه على الرِّوايتين، كذلك قال القاضي في «المجرد» و«الرِّوايتين»، وأبو الخطَّاب وابن عقيل والأكثرون.

والمذهب عند الأصحاب: الرُّجوع، ونصَّ عليه أحمد في رواية أبي الحارث، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وابن هانئ[(٣)]: أنَّه يركب

(١) قوله: (القول) سقط (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

(٢) في (ب) و(ج): الرَّاهن.

(٣) ينظر: مسائل ابن هانئ (٣/ ٣٤).

ويحلب بقدر نفقته، ولم يعتبر إذنًا؛ كما دلَّ عليه النَّصُّ الصَّحيح(١).

وأيضًا؛ فالإذن في الإنفاق ههنا عرفيٌّ(٢)، فيقوم مقام اللَّفظيِّ، وبالمرتهن إليه حاجة لحفظ وثيقته؛ فصار كبناء أحد الشَّريكين الحائط[١] المشترك.

ونقل عنه ابن منصور فيمن ارتهن دابَّة فعلفها بغير إذن صاحبها: فالعلف على المرتهن؛ مَن أمره أن يعلف؟!(٣).

وكذلك نقل عنه مهنى(٤) في كفن العبد المرهون، لكن الكفن من النَّوع الأوَّل.

وهذه الرِّواية ظاهر ما أورده ابن أبي موسى.

وحمل القاضي في كتاب «الخلاف» هذا النَّصَّ على أنَّ الرَّاهن كان حاضرًا، وأمكن استئذانه، وعلف بدون إذنه.

وقد صرَّح القاضي: بأنَّ الرُّجوع مشروط بتعذُّر الاستئذان، وكذلك أبو الخطَّاب وابن عقيل وصاحب «المحرر»، مع أنَّه وافق طريقة

[١] كتب في هامش (أ): الحائط مفعول (صار). لكاتبه عثمان.

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري (٢٥١٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة».

(٢) في (أ): غير عرفي.

(٣) في (أ): على أن يعلف.

ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٠١).

(٤) في (أ): ابن هانئ ههنا.

«الخلاف» في الرُّجوع قولًا واحدًا، بخلاف ما ذكر في الضَّمان.

وضعَّف صاحب «المغني» اعتبار الإذن؛ طردًا لما ذكره في الضَّمان.

ومنها: إذا هرب الجمَّال وترك الجمال، فأنفق عليها المستأجر بدون[(١)] إذن حاكم؛ ففي الرُّجوع الرِّوايتان.

ومقتضى طريقة القاضي: أنَّه يرجع رواية واحدة.

ثمَّ إنَّ الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم، بخلاف ما ذكروه في الرَّهن، واعتبروه أيضًا في المودَع واللُّقَطَة.

وفي «المغني» إشارة إلى التَّسوية بين الكلِّ في عدم الاعتبار، وأنَّ الإنفاق بدون إذنه مخرَّج على الخلاف في قضاء الدَّين.

وكذلك اعتبروا الإشهاد على نيَّة الرُّجوع.

وفي «المغني» وغيره وجه آخر: أنَّه لا يعتبر، وهو الصَّحيح.

ومنها: إذا هرب المساقي قبل تمام العمل استُؤجر عليه من يتمُّه، والحكم فيه حكم الجمَّال[(٢)]؛ إلَّا أن للمالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المساقاة؛ لتعذُّر[(٣)] استيفاء المعقود عليه.

ومنها: إذا غاب الزَّوج، فاستدانت الزَّوجة للنفقة على نفسها وأولادها الصِّغار نفقة المثل من غير زيادة؛ فإنَّها ترجع، نصَّ عليه في رواية أبي زرعة الدِّمشقيِّ[(٤)]، ولم يعتبر إذن الحاكم.

---

(١) في (أ): بغير.

(٢) قوله: (حكم الجمال) هي في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): كالجمال.

(٣) في (أ): لتعذر لزوم.

(٤) هو عبد الرحمن بن عمرو بن صفوان، أبو زرعة الدمشقي، إمام في زمانه، رفيع القدر، =

واعتبر[(١)] صاحب «المحرر» في لزوم نفقة الأقارب: أن يستدان عليه بإذن الحاكم، مع قوله: (إنَّها لا تلزم بفرض الحاكم)، وفيه نظر.

وفي «التَّرغيب»: ليس لغير الأب الاستقراض إلَّا بإذن الحاكم؛ حتَّى ولا للزَّوجة في حقِّها وحقِّ ولدها الصَّغير، وإنَّما للزَّوجة الأخذ من مال زوجها الموسر عند الامتناع إذا قدرت عليه قدر كفايتها.

وحكى في أخذها لولدها وجهين؛ قال: وليس لها الإنفاق على الطِّفل من ماله لو كان له مال بدون إذن وليِّه؛ لانتفاء ولايتها عليه.

وهذا كلُّه مخالف لظاهر نصِّ أحمد المتقدِّم ولقواعد المذهب؛ فإنَّ المذهب: أنَّها تأخذ لنفسها ولولدها، ونصَّ أحمد على أنَّها تقبض الزَّكاة لولدها الطِّفل، وقد سبق قول القاضي[(٢)] وغيره أنَّ من أنفق على أقارب غيره الَّذين يلزم نفقتهم؛ فإنَّه يرجع بذلك عليه كما يرجع عليه بقضاء الدَّين الواجب عليه.

وذكر ابن أبي موسى: أنَّ الزَّوجة[(٣)] إذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته؛ فإنَّها ترجع عليه، ولم يعتبر إذن حاكم، مع أنَّه لم يحك خلافًا في سقوط نفقة الزَّوجة بمضيِّ الزَّمان بدون[(٤)] فرض الحاكم لها[(٥)].

= حافظ عالم بالحديث والرجال، وصنف من حديث الشام مالم يصنفه أحد، وسمع من أحمد مسائل مشبعة محكمة، توفي سنة ٢٨٠هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٠٥.

(١) في (ب) و(و): واعتبره.

(٢) في (ب): للقاضي.

(٣) قوله: (أنَّ الزَّوجة) سقط من (أ).

(٤) في (أ): وقد. وفي (ن): من غير.

(٥) زاد في (ب) هنا قوله: (بناء على أنَّها لا تسقط بمضيِّ الزَّمان في أشهر الرِّوايتين) =

ومنها: إذا أعاره شيئًا ليرهنه، ثمَّ افتكَّه المعير بقضاء الدَّين؛ فإنَّه يرجع ههنا قولًا واحدًا على ظاهر كلام القاضي.

ومنها: لو قضى أحد الورثة الدَّين عن الميِّت ليزول تعلُّقه بالتَّركة؛ فإنَّه يرجع أيضًا، ولم يذكر القاضي فيه خلافًا.

وهذه المسألة والَّتي قبلها قد لا يطَّرد فيهما الخلاف؛ لأنَّ الإنفاق ههنا لاستصلاح ملك المنفِق؛ فهو كإنفاق الشَّريك على عمارة الحائط يرجع به بغير خلاف، وإنَّما الخلاف إذا كان الإنفاق لاستصلاح ما تعلَّق به حقُّ المنفق؛ إلَّا أنَّ الأصحاب صرَّحوا(١) باطِّراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلُّق الاستصلاح فيها بعين مال المنفق.

= وقد ضرب عليها في (أ)، وسقطت من (ج) و(د) و(و) و(ن).

(١) في (أ) و(هـ): خرجوا.

فهرس الموضوعات

تقرير القواعد وتحرير الفوائد

لِلإمامِ العلّامةِ أبي الفرجِ عبدِ الرّحمنِ بنِ أحمدَ بنِ رجبٍ البغداديِّ الحنبليِّ (ت: ٧٩٥هـ)

قُوبِلَ على نُسختَينِ مقروءَتَينِ على المُصنِّفِ وخمسِ نُسخٍ أُخرى

ومعهُ حاشيةٌ نفيسةٌ لتلميذِهِ العلّامةِ

مُحبِّ الدِّينِ أحمدَ بنِ نصرِ اللهِ البغداديِّ (ت: ٨٤٤هـ)

وغيرِها من حواشي عُلماءِ المذهبِ

المجلّدُ الثّاني

تحقيق

أ. د. خالد بن علي المشيقح

د. عبد العزيز بن عدنان العيدان

د. أنس بن عادل اليتامى

طبع بتمويل

دار الأمل

ثوابًا للمبارك عبد العزيز الحاوي رحمه الله

وبذريّة محمد الخشي حفظها الله ووالديهما



ⓒ **دار اطلس الخضراء، ١٤٤٠ هـ**
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الحنبلي، ابن رجب
تقرير القواعد وتحرير الفوائد./ ابن رجب الحنبلي؛ خالد علي المشيقح؛
عبدالعزيز العيدان؛ انس عادل اليتامى. ـ الرياض، ١٤٤٠هـ
٥١٦ ص؛ ١٧ × ٢٤ سم
ردمك: ٦ ـ ٠ ـ ٩١١٩٩ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨
١ ـ القواعد الفقهية ٢ ـ الفقه الحنبلي أ. المشيقح خالد علي (محقق)
ب. العيدان، عبدالعزيز (محقق) ج. اليتامى، انس عادل (محقق)
د. العنوان
ديوي: ٢٥١،٦ ١٤٤٠/٤١١٧

رقم الإيداع: ١٤٤٠/٤١١٧
ردمك: ٦ ـ ٠ ـ ٩١١٩٩ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨



rakaez.kw@gmail.com

الطبعة الأولى
١٤٤٠ هـ ـ ٢٠١٩م

دار أطلس الخضراء
للنشر والتوزيع
المملكة العربية السعودية ـ الرياض
هاتف: ٤٢٦٦١٠٤ / ٤٢٦٦٩٦٣، فاكس: ٤٢٥٧٩٠٦
www.facebook.com/DARATLAS
twitter: @ dar-atlas
dar-atlas@hotmail.com

تقرير القواعد وتحرير الفوائد

٢

بسم الله الرحمن الرحيم

قاعدة [٧٦]

الشَّريكان في عين مال أو منفعة، إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرَّة أو إبقاء منفعة؛ أجبر أحدهما على موافقة الآخر على(١) **الصَّحيح من المذهب.**

وفيه رواية أخرى: إن أمكن أحدهما أن يستقلَّ بدفع الضَّرر؛ فعله، ولم يجبر الآخر معه، لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه؛ فله منعه حتَّى يعطيه حصَّة ملكه من النَّفقة.

وإن احتاجا إلى تجديد منفعة؛ فلا إجبار.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: إذا انهدم الحائط المشترك؛ فالمذهب: إجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر، نصَّ عليه في رواية جماعة(٢)، فإنَّ الإجبار هنا من جنس المعاوضة[١]، والمعاوضة في الأموال المشتركة واجبة لدفع

[١] كتب على هامش (ن): (أي: يشبه المعاوضة عن حقه في شركة الإجبار، أو تقديره من جنس الإجبار على المعاوضة في قسمة الإجبار ونحوه، حيث اشتركا في دفع الضرر عن الشريك).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): في.
(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٨٠).

الضَّرر في الانتزاع بالشُّفعة وبيع ما لا يمكن قسمته.

والمعنى فيه: أنَّ المالك يستحقُّ الانتفاع بملكه، ويجب على شريكه تمكينه منه، فإذا دار الأمر بين تعطيل الحقِّ بالكليَّة وبين المعاوضة عليه؛ فالمعاوضة أولى؛ لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل، بخلاف التَّعطيل.

وأمَّا الرِّواية الثَّانية بعدم الإجبار؛ فهي مأخوذة من نصِّ أحمد على عدم الإجبار في بناء حيطان السُّفل إذا كان العلو لآخر وانهدم الكلُّ: أنَّه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السُّفل في السُّفل[(١)].

والفرق واضح؛ لأنَّ السُّفل ملكه يختص بصاحبه، بخلاف الحائط المشترك، ولذلك عقد الخلَّال لكلٍّ واحد منهما بابًا، وذكر النَّصَّ بالإجبار في الحائط والنص بانتفائه في الصورة الأخرى.

وعلى تقدير ثبوت هذه الرِّواية في الحائط؛ فللشَّريك الاستبداد ببنائه من ماله بغير إذن حاكم، صرَّح به القاضي في «خلافه»، واعتبر في «المجرد» استئذان الحاكم، ونصَّ أحمد على أنَّه يشهد على ذلك.

وله منع الشَّريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله، وإن أعاده بآلته الأولى؛ ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له المنع؛ لأنَّه عين ملكهما المشترك، وهو قول القاضي في «المجرد»، وابن عقيل، والأكثرين.

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٨٠).

والثَّاني: له المنع حتَّى يأخذ نصف قيمة التَّالف[١]؛ لأنَّه متقوِّم حيث وقع مأذونًا فيه شرعًا، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى، والقاضي في «خلافه»، وجزم به صاحب «المحرر»، وحكاه صاحب «التَّلخيص» عن بعض المتأخِّرين من الأصحاب.

وإذا أعاده بآلة جديدة، واتَّفقا على دفع القيمة؛ جاز، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء، أو نصف ما أنفق عليه؟

ذكر القاضي في «خلافه» فيه روايتين، مأخذهما: هل ذلك من باب الرُّجوع بما أنفق على ملكه بإذن معتبر، أو هو معاوضة عن ملك الباني[٢]؛ كضمان سراية العتق والاستيلاد؟

وإن امتنع الباني من القبول، وطلب رفع البناء من أصله؛ ليعيداه من مالهما؛ فقد يتخرَّج على هذا البناء، فإن قلنا: هو رجوع بما أنفق على ملكه؛ لم يكن له الامتناع، وإن قلنا: معاوضة؛ فله ذلك.

وفي «المجرَّد» و«الفصول» البناء على الإجبار ابتداءً وعدمه، فإن قلنا: يجبر؛ أجبر هنا على التَّبقية، وإلَّا فلا.

وقد يقال: هو معاوضة، سواء كان بالقيمة أو بالنَّفقة، كما أنَّ زرع الغاصب يعاوض عنه بالقيمة على رواية، وبالنَّفقة على أخرى، والإجبار على المعاوضات لإزالة الضَّرر غير مستبعد.

فإن قيل: فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبه على جداره؛ فكيف منعتم ههنا؟!

(١) في (أ) و(د) و(هـ): التَّأليف.

(٢) في (أ) و(د) و(هـ): الثاني.

قلنا: إنما منعنا من عود الحقِّ القديم المتضمِّن ملك الانتفاع قهرًا، سواء كان محتاجًا إليه أو لم يكن، وأمَّا التمكين من الوضع للارتفاق؛ فتلك مسألة أخرى، وأكثر الأصحاب يشترطون فيها[(١)] الحاجة.

والتزم ابن عقيل في «المفردات» تخريج رواية من هذه المسألة بمنع الجار من وضع الخشب مطلقًا، ثمَّ اعتذر بأن حقَّ الوضع هنا سقط عقوبة لامتناعه من النَّفقة الواجبة، وحمل حديث الزُّبير وشريكِه في شِرَاج الحرَّة[(٢)] على مثل ذلك.

ومنها: إذا انهدم السَّقف الَّذي بين سفل أحدهما وعُلْو الآخر؛ فذكر الأصحاب في الإجبار الرِّوايتين، والمنصوص ههنا: أنَّه إن تكسَّر خشبه؛ فبناؤه بينهما؛ لأنَّ المنفعة لهما جميعًا، وظاهره الإجبار.

وإن انهدم السقف والحيطان؛ لم يجبر صاحب العلوِ على بناء الحيطان؛ لأنَّها خاصُّ ملك صاحب السُّفل، ولكنَّه يجبر على أن يبني معه السقف، فإن لم يفعل؛ أشهد عليه، ومنعه من الانتفاع به حتى

---

(١) في (أ): فيه.

(٢) يشير إلى ما أخرجه البخاري (٢٣٥٩) ومسلم (٢٣٥٧) عن عروة، عن عبد الله بن الزبير ﵄: أن رجلًا من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراج الحَرَّة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر. فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك»، فغضب الأنصاري، فقال: أن كان ابن عمتك؟! فتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: «اسق يا زبير، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر»، فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النِّسَاء: ٦٥].

يعطيَه حقَّه، ويجبر صاحب السفل على بنائه؛ لأنَّه سترة له، نقل ذلك عنه أبو طالب.

ونقل عنه ابن الحكم: أنَّ صاحب السفل لا يجبر على البناء لأجل صاحب العُلْو، لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقُفَ عليها، ويمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتى يعطيَه ما بنى به السُّفل، ويكون لهما جميعًا.

وهذا يحتمل: أنَّه أراد يعطيه ما بنى به الحيطان كلَّه؛ فيصير البيت لهما؛ كما كان لأحدهما سفله وللآخر علوه، وهو ظاهر كلامه.

ويحتمل: أنَّه يعطيه نصف قيمة بناء السُّفل، وتكون الحيطان مشتركة بينهما.

وكذلك حكى الأصحاب روايتين في مشاركة صاحب العلو لصاحب السفل في بناء الحيطان؛ حتى أخذ القاضي منها رواية بعدم الإجبار في الحائط المشترك، وهو بعيد؛ لأنَّ هذا المعنى لو كان صحيحًا؛ لكان الاشتراك حادثًا بعد البناء، فلا يلحق به الملك المشترك قبل البناء.

وحكى القاضي في «خلافه» في إجبار صاحب السُّفل على بناء حائطه لحقِّ صاحب العُلْوِ ثلاث روايات:

أحدها: إجباره منفردًا بنفقته، وأخذها من رواية أبي طالب، وفيه نظر؛ لأنَّ أحمد علَّل بأنَّه سترة له؛ فعلم أنَّ إجباره لحقِّ جاره لا لحقِّ صاحب العلو.

لكن قد يقال: إنَّ تضرُّر صاحب العُلْو بترك بناء السُّفل أشد من تضرر الجار بترك السترة؛ لأن هذا يمنعه حقَّه بالكليَّة، بخلاف ترك

السترة، وهذه الرواية هي المذهب عند ابن أبي موسى.

والثَّانية: يجبر على الإنفاق على وجه الاشتراك، نقلها يعقوب بن بختان؛ فقال: يشتركون على[1] السُّفل، وهو مروي عن أبي الدَّرداء رضي الله عنه[2].

والثَّالثة: لا يجبر، وهي رواية ابن الحكم.

وحكى في «المجرد» في إجبار كلٍّ منهما على أن يبني مع الآخر الحيطان روايتين.

وكذا في الإجبار على بناء السَّقف الَّذي يختصُّ بملكه صاحب العلو.

وحاصل هذا يرجع إلى أنَّه هل يلزم الإنسان بناء ملكه الخاصِّ به إذا كان انتفاع غيره به مستحَقًّا؛ كما يلزمه دفع الضَّرر عنه ببناء السُّترة؟ وهل يلزم الشَّريك في الانتفاع البناء مع المالك كالشَّريك في الملك؟

وعلى هذا يخرَّج إذا كان له على حائط جار له يحاذيه ساباط بحقٍّ، فانهدم الحائط؛ هل يجبر المالك على بنائه؟

وظاهر كلام القاضي في «خلافه»: إجباره أن يبنيه منفردًا به بغير خلاف، ولعلَّ هذا فيما إذا كان بحقٍّ معاوضة.

ومثله ذكر ابن عقيل في «فنونه» فيمن له حق إجراء مائِه على سطح غيره، فعاب السطح، ولو بجريان مائِه عليه؛ لم يلزم صاحب الماء المشاركة في الإصلاح.

---

(١) زاد في (د) و(هـ): الإنفاق.

(٢) لم نقف عليه.

وكذا لو كان ماء تلك الدَّار يجري إلى بئرٍ[١] بحقٍّ، فعابت البئر؛ لم يلزم صاحب الماء المشاركة في إصلاحها.

وتخريج ذلك كلِّه على الخلاف في السُّفل الَّذي علوه لمالك آخر متوجِّه، ويرجع إلى أنَّ الشركة في الانتفاع هل هي كالشركة في الملك؟

ومنها: القناة المشتركة إذا انهدمت[٢]، ونصَّ أحمد على الإجبار على العمارة كما سبق، ولم يذكر ابن أبي موسى فيه خلافًا، وإنَّما ذكر الرِّوايتين في الحائط، والفرق: أنَّ الحائط تمكن قسمته، بخلاف القناة والبئر.

وطرد القاضي والأكثرون فيه الرِّوايتين.

وإذا لم نقل بالإجبار، فعَمَر أحدُهما؛ لم يكن له منع الآخر من الماء، ذكره القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وصاحبا «التلخيص» و«المغني»؛ لأنَّ الماء باق على ما كان عليه من الملك أو الإباحة، وإنَّما أزال الضَّرر عن طريقه، ولا يقع الاستعمال على تلك الآلات المعمور بها.

وفي «الخلاف الكبير» له[٣] و«التَّمام» لأبي الحسين: له المنع من الانتفاع بالقناة، ويشهد له نصُّ أحمد بالمنع من سكنى السُّفل إذا بناه صاحب العلو، ومنع الشَّريك من الانتفاع بالحائط إذا أعيد بآلاته

(١) زاد في (أ) و(هـ): (لصاحب الدار).
(٢) في (ب) و(ج) و(و): تهدَّمت.
(٣) قوله: (له) سقط من (أ) و(ج) و(و).

العتيقة؛ لأنَّ ذلك كلَّه انتفاع بما بذل فيه الشَّريك ماله؛ فيمنع منه بغير إذنه، ولأنَّ إنفاقه على نفسه وشريكه جائزٌ؛ فيستحقُّ الرُّجوع عليه، ولا يكون به متبرِّعًا[١].

ومنها: أنَّ ما يقبل القسمة من الأعيان إذا طلب أحد الشَّريكين قسمته؛ أجبر الآخر عليها وعلى التزام كُلَفها ومؤنها؛ لتكميل نفع الشَّريك.

فأمَّا ما لا يقبل القسمة؛ فإنَّه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه، نصَّ أحمد على ذلك في رواية الميمونيِّ؛ قال: إذا اختلفوا في القسمة؛ فليس للمضارِّ شيء، إذا كان يدخله نقصان ثمنه؛ بيع وأعطوا الثَّمن.

وكذلك نقل حنبل عن أحمد أنَّه قال: كلُّ قسمة يكون فيها ضرر لا أرى أن تقسم، مثل عبد بين رجلين، وأرض في قسمتها ضرر، ويقال لصاحبها: إمَّا أن تشتريَ، وإمَّا أن تتركه إذا كان ضررًا.

وصرَّح بذلك[٢] ابن أبي موسى والقاضي والحلوانيُّ والشِّيرازيُّ وابن عقيل والسَّامريُّ وصاحب «التَّرغيب»، وصرَّح بمثله في إجارة العين إذا لم يتَّفقا على المهايأة أو تشاحَّا، وكذلك قال القاضي في «خلافه»، وأبو الخطاب في «انتصاره».

وكثير منهم صرَّحوا بأنَّه يباع عند طلب القسمة وإن لم يطلب البيع،

(١) من قوله: (ولأنَّ إنفاقه على نفسه) إلى هنا ضُرب عليه في (ب).

(٢) قوله: (بذلك) سقط من (أ).

ولهذا مأخذان:

أحدهما: أنَّه[(١)] إذا تعذَّر قسمة العين عدل إلى قسمة بدلها وهو القيمة، وهذا مأخذ من قال: يباع بمجرَّد طلب القسمة، وهو ظاهر كلام أحمد.

والثَّاني: أنَّ حقَّ الشَّريك في نصف القيمة - مثلًا - لا في قيمة النِّصف، فلو باع نصيبه مفردًا؛ لنقص حقُّه، ويدلُّ على أنَّ حقَّه في نصف القيمة: أنَّ الشَّرع أمر في السِّراية أن يقوَّم العبد كلُّه، ثمَّ يعطى الشُّركاء قيمة حصصهم.

وقد نصَّ الأصحاب على أنَّ للوليِّ بيع التَّركة على الصِّغار والكبار إذا كان في تبعيضها ضررٌ واحتيج إلى البيع، وما دلَّ عليه كلام بعضهم من امتناع البيع على الكبار في غير هذه الصُّورة قد يكون بناءً على أنَّ ضرر النَّقص ليس بمانع من قسمة الإجبار؛ كقول الخرقيِّ، وإنَّما المانع منها ألَّا ينتفع بالمقسوم؛ فحينئذٍ يكون عدم الإجبار على البيع في حالة نقص القيمة مبنيًّا على أنَّ القسمة ممكنة، ومع الإجبار عليها لا يقع الإجبار على البيع.

ثمَّ وجدت في «مسائل ابن منصور» عن أحمد في عبد بين رجلين أراد أحدهما أن يبيع وأبى الآخر؛ قال أحمد: يبيع كلُّ واحد منهما حصَّته[(٢)]، وهذا يدلُّ على أنَّه لا إجبار على البيع مع الشَّريك.

---

(١) قوله: (أنَّه) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٢٢).

وهذا كلُّه في الملك المشاع المشترك، فأمَّا المتميِّز؛ كمن في أرضه غرس لغيره، أو في ثوبه صِبغ لغيره، إذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه؛ ففي إجباره وجهان، أوردهما صاحب «المحرر» في غراس المستعير[1]؛ لأنَّه يستدام في الأرض؛ فلا يتخلَّص أحدهما من صاحبه بدون البيع، بخلاف غرس الغاصب؛ فإنَّه يتخلَّص منه بالقلع[2].

وأمَّا الصِّبغ؛ ففي «المغني» وغيره في صِبغ الغاصب إن طلب مالك الثَّوب أن يبيع معه؛ لزمه، وفي العكس وجهان.

وجزم القاضي في «خلافه» بالإجبار على البيع بطلب الغاصب.

وأمَّا صِبغ المشتري إذا أفلس وأخذ البائع ثوبه، وطلب أحدهما البيع؛ أجبر الآخر عليه، وهذا لأنَّ الصِّبغ يستدام في الثوب؛ فلا يتخلَّص من الشَّركة فيه بدون البيع، وإنَّما فرَّقنا بين طلب الغاصب وغيره على وجه؛ لئلَّا يتسلَّط الغاصب بعدوانه على إخراج ملك غيره عنه قهرًا.

ومنها: قسمة المنافع بالمهايأة؛ هل تجب الإجابة إليها أم لا؟

المشهور عدم الوجوب، ولم يذكر القاضي وأصحابه في المذهب سواه.

وفرَّقوا بين المهايأة والقسمة: بأنَّ القسمة إفراز أحد الملكين من الآخر، والمهايأة معاوضة حيث كانت استيفاء للمنفعة بمثلها في زمن

(١) في (أ) و(ج) و(د): الغراس. بدل قوله: (غراس المستعير).

(٢) من قوله: (لأنَّه يستدام في الأرض) إلى هنا سقط من (أ) و(ج).

آخر، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقِّه؛ فلا يلزم، بخلاف قسمة الأعيان.

ونصَّ أحمد في رواية صالح وحنبل وأبي طالب في العبد المشترك إذا أعتق أحد الشَّريكين نصيبه أو كاتبه؛ فإنَّه يكون يومًا لنفسه ويومًا لسَّيِّده الباقي(١).

وتأوَّله القاضي على التَّراضي، وهو بعيد.

وحكى أبو بكر في «التنبيه» فيه روايتين:

إحداهما: يكون يومًا لنفسه ويومًا لسيِّده.

والأخرى(٢): أن كسبه بينهما، وهذا يدلُّ على وقوع المهايأة حكمًا من غير طلب.

وفي المسألة وجه آخر: أنَّه تجب المهايأة بالمكان دون الزَّمان؛ لانتفاء تأخُّر استيفاء أحدهما لحقِّه في المهايأة بالأمكنة، فهو كقسمة الأعيان، واختاره صاحب «المحرر».

وعلى القول بانتفاء الوجوب مطلقًا؛ فيجوز بالتَّراضي.

وهل تقع لازمة إذا كانت مدَّتها معلومة أو جائزة؟ على وجهين.

والمجزوم به في «التَّرغيب»: الجواز.

واختار صاحب «المحرر»: اللُّزوم.

---

(١) جاء في مسائل صالح (٢/ ٧٢): (عبد بين نفسين أعتق أحدهما نصيبه؟ قال - أي: الإمام أحمد -: قد عتق نصفه، وإن كان للمعتِق بقدر نصف قيمة العبد عَتَق في ماله، ويؤديه إلى الذي لم يُعتِق، وإن لم يكن في ماله كان للعبد يوم وللرجل يوم).

(٢) في (ب): والآخر.

وعلى القول بالجواز؛ لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته؛ فله ذلك، وإن رجع بعد الاستيفاء؛ غرِّم ما انفرد به.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (لا يفسخ[(١)] حتَّى ينقضي الدَّور ويستوفي كلٌّ منهما حقَّه منه).

ويمكن أن يؤخذ ذلك من مسألة القسم، وهي أنَّ من له زوجتان، فقسم[(٢)] لإحداهما، ثمَّ أراد أن يطلِّق الأخرى؛ لم يجز له حتَّى يوفِّيها حقَّها من القسم؛ لئلَّا يفوت حقها بالطلاق.

ولا يقال: هذه القسمة لازمة بخلاف المهايأة؛ لأنَّها إنَّما لزمت لأجل المساواة بين الزَّوجتين، ولهذا قال القاضي ومن اتَّبعه: إنَّ قسم الابتداء ليس بواجب.

ولو استوفى أحدهما نوبته ثمَّ تلفت المنافع في مدَّة الآخر قبل تمكُّنه من القبض؛ فأفتى الشَّيخ تقي الدين بأنَّه يرجع على الأوَّل ببدل حصَّته من تلك المدَّة الَّتي استوفاها، ما لم يكن قد[(٣)] رضي بمنفعة الزَّمن المتأخِّر على أيِّ حال كان؛ جعلًا للتَّالف قبل القبض كالتَّالف في الإجارة.

قال: (وسواء قلنا: القسمة إفراز أو بيع؛ فإنَّ المعادلة معتبرة فيها[(٤)]

(١) في (ب): لا ينفسخ. وفي (ج): لا تفسخ.
(٢) في (ب): فيقسم.
(٣) قوله: (قد) سقط من (أ).
(٤) في: (ب): فيهما.

على القولين، ولهذا يثبت فيها خيار العيب والتَّدليس) انتهى[(١)].

وهذا على القول بالجواز ظاهر، ولكنَّ الشَّيخ يرجِّح اللُّزوم؛ فيخرَّج في الرُّجوع حينئذ وجهان؛ بناءً على الرِّوايتين فيما إذا تقاسم الشَّريكان الدَّين في ذمم الغرماء، ثمَّ تلف أحدهما قبل القبض؛ هل يستحقُّ صاحبه الرُّجوع على الآخر فيما قبضه أم لا[(٢)]؟ على روايتين، نقلهما معًا ابن منصور في «مسائله» عن أحمد[(٣)].

ورواية الرُّجوع حملها الأصحاب على أنَّ القسمة لم تصحَّ، لكنَّ المراد[(٤)] بقولهم: (لم تصحَّ)؛ أنَّها غير لازمة لا أن[(٥)] القبض بها محرَّم باطل، ولهذا قالوا: لو قبض شيئًا بإذن شريكه؛ انفرد[(٦)] به على الصَّحيح؛ فتكون حينئذ شبيهة[(٧)] بالمهايأة.

ومنها: الزَّرع والشَّجر المشترك إذا طلب أحد الشَّريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك؛ أجبر الآخر عليه، ذكره القاضي، وحكاه عن أبي بكر فيما إذا أوصى[(٨)] لأحدهما بزرع ولآخر بتبنه، وأخذه من مسألة

(١) ينظر: الاختيارات الفقهية للبعلي (ص ٥٠٦).
(٢) قوله: (لا): سقط من(أ).
(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٦٨٤).
(٤) في (ب): مرادهم.
(٥) قوله: (لا أنَّ) هو (ب): لأنَّ.
(٦) في (ب): لا يفرد.
(٧) في (ب): شبَّهه. وفي (هـ): شبيهًا.
(٨) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): وصَّى.

الجدار، وهو أولى بالوجوب؛ لأنَّ السَّقي من باب حفظ الأصل وإبقائه؛ فهو كدعامة السَّقف إذا انكسر بعض خشبه والحائط المائل، وذلك أولى بالوجوب من بناء[(١)] السَّاقط؛ لأنَّ إعادة الحائط بعد زواله شبيه بإحداث المنفعة، لكن لمَّا كان ردًّا له إلى ما كان عليه؛ ألحق بالاستبقاء.

وألحق الشَّيخ تقيُّ الدِّين بهذا كلَّ ما فيه حفظ الأصل إذا احتيج إليه؛ مثل الحارس والنَّاظر والدَّليل على الطَّريق والرِّشوة الَّتي يحتاج إليها لدفع الظلم عن المال.

وذكر القاضي أيضًا فيمن اشترى شجرًا وعليه ثمر للبائع: أنَّ أحدهما إذا طلب السَّقي لحاجة ملكه إليه؛ أجبر الآخر على التَّمكين لدخوله على ذلك، وتكون الأجرة على الطَّالب؛ لاختصاصه بالطَّلب دون صاحبه، وهذا يشمل ما إذا كان نفع السَّقي راجعًا إليهما.

وعلَّل ذلك في «المغني»: بأنَّ السَّقي لحاجته، وظاهره: اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر؛ فإنَّ النَّفع إذا كان لهما؛ كانت[(٢)] المؤنة عليهما كبناء الجدار.

وإن عطش الأصل وخيف عليه الضَّرر بترك الثَّمر عليه؛ ففي الإجبار على القطع[(٣)] وجهان، ذكرهما في «المغني»، وعلَّل الإجبار: بأنَّ

(١) في (ب): البناء.
(٢) في (أ): كان.
(٣) زاد في (ب): (والتَّبقية).

الضَّرر لاحق بالثمر لا محالة مع القطع والتَّبقية، والأصل ينحفظ بالقطع؛ فمراعاته أولى.

وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصَّى بثمر شجرة لرجل ورقبته لآخر: أنَّه لا يجبر أحدهما على السَّقي؛ لأنَّ أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر، بخلاف الثَّمر المشترى في رؤوس النَّخل.

وهذا في سقي أحدهما بخالص حقِّ الآخر، بخلاف ما[1] في الوصيَّة بالزَّرع والتِّبن كما سبق.

(١) في (أ) و(ج) و(و) و(ن): ما سبق.

قاعدة [٧٧]

من اتَّصل بملكه ملك غيره متميِّزًا عنه وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه، وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكه؛ فلمالكِ الأصل أن يتملَّكه بالقيمة من مالكه، ويجبر المالك على القبول.

وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل؛ فالمشهور: أنَّه ليس له تملُّكه قهرًا؛ لزوال ضرره بالفصل.

ويتخرَّج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها: غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدَّة إذا لم يقلعه المالك؛ فللمُؤْجر تملُّكه بالقيمة[1]؛ لأنَّه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه، ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والأكثرون.

ولم يشترط أبو الخطاب ألَّا يقلعه[2] المالك؛ فلعلَّه جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء.

ومنها: غراس المستعير وبناؤه إذا رجع المعير أو انقضت مدَّة الإعارة، وقلنا: يلزم بالتَّوقيت؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّه يتملَّك

(١) قوله: (القيمة) هو في (ب): بدون ضرر.
(٢) في (ب): ينقله.

بالقيمة، نقله عنه مهنَّى وابن منصور (١).

وكذلك نقل عنه جعفر بن محمَّد، لكن قال في روايته: يتملَّك بالنَّفقة.

ولمالكه القلع ابتداءً، بغير خلاف، ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر.

وإن لم يكن فيه ضرر؛ فتردَّد فيه كلام الأصحاب، وظاهر كلام أحمد: أنَّه لا يقلع بدون شرط[١].

ومنها: غراس المشتري في الأرض المشفوعة وبناؤه؛ حيث يتصوَّر ذلك[٢] إذا انتزع الشَّفيع؛ فإنَّه يأخذه مع الأرض بقيمته، نصَّ عليه(٢)، ولمالكه أن يقلعَه أيضًا، ولا يجبر عليه إلَّا أن يضمن له النَّقص.

ومنها: غراس المفلس وبناؤه إذا رجع بائع الأرض فيها؛ فللمفلس والغرماء القلع، فإن أَبَوْهُ وطلب البائع التَّملُّك بالقيمة؛ ملكه، وكذا إذا طلب القلع مضمونًا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لا يجبر على القلع).

[٢] كتب في هامش (و): (وصورته: فيما إذا قاسمه الشقص المشفوع لإظهاره له زيادة في الثمن ونحو ذلك).

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٢١): (قلت: رجل أمر رجلًا أن يبني له في أرضه، فيقيم سنة، أله أن يخرجه قبل السنة؟ قال أحمد: لا. قلت: فإذا جاء السنة؛ له قيمة البناء، أو يقلع بناءه؟ قال أحمد: لا، بل له قيمة بنائه، إلا أن يكون شرط عليه أن يقلع).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٦١): (قلت: إذا باع الشفعة فبناها، ثم جاء الشفيع بعد، فالقيمة أو يقلع بناءه. قال: جيد).

ومنها: إذا أصدقها أرضًا، فغرست فيها أو بَنَت(١)، ثمَّ طلَّقها قبل الدُّخول، وطلب(٢) الرُّجوع في نصفها، وبذل نصف قيمة الغراس والبناء؛ قال الخرقيُّ: تجبر(٣) على القبول.

وقال القاضي: يسقط حقُّه إلى القيمة[١]. فليست المسألة على قوله ممَّا نحن فيه.

فإن قيل: هذه المسألة والَّتي قبلها[٢] يتملَّك فيهما(٤) الغراس والبناء مع الأرض؛ فلا يكون[٣] من صور مسائل القاعدة.

قيل: بل هما منها؛ فإنَّ الشَّفيع إنَّما استحقَّ انتزاع بناء المشتري وغراسه؛ لأنَّه أحدثه في حال تعلُّق حقِّه به؛ فكأنَّه قد أحدثه في ملكه.

وكذلك الزَّوجة؛ لأنَّها قبل الدُّخول لم يستقرَّ لها الملك على النِّصف؛ لتعرُّضه لعوده إلى الزَّوج باختياره تارة وبغيره أخرى.

وفي انتقال ملك النِّصف إليها خلاف مشهور؛ فلذلك(٥) استحقَّ

---

[١] كتب في هامش (و): (يعني قيمة نصف الأرض، ويسقط حقُّه فيها).

[٢] كتب على هامش (ن): (الَّتي قبلها هي مسألة غراس المفلس، والمصنِّف تكلَّم على مسألة غراس المشتري للأرض المشفوعة، وهي قبل قبلها).

[٣] كتب في هامش (هـ): (لعلَّه يكونان).

---

(١) زاد في (أ): (فيها).

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): فطلب.

(٣) في (أ) و(ج): يجبر.

(٤) في (أ) و(ج) (هـ): فيها.

(٥) في (ب): فكذلك.

الزَّوج تملُّكه.

ومنها: القابض بعقد فاسد من المالك إذا غرس وبنى؛ فللمالك تملُّكه بالقيمة، كغراس المستعير، ولا يقلع إلَّا مضمونًا؛ لاستناده إلى الإذن، ذكره القاضي وابن عقيل.

ومنها: غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال، والمنصوص عن أحمد[١]: أنَّه يتملَّك بالقيمة ولا يقلع مجَّانًا، نقله عنه حرب ويعقوب بن بختان في رجل باع أرضًا من رجل، فعمل فيها وغرس، ثمَّ استحقَّها آخر، قال: يردُّ عليه قيمة الغراس(١) أو نفقته، ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره.

وكذلك نقل محمَّد بن أبي حرب الجرجرائيُّ عن أحمد فيمن اشترى أرضًا، فغرس فيها وعمل، ثمَّ استحقَّها آخر: أنَّه يردُّ عليه قيمة الغراس يوم يستحقُّ، ليس هذا مثل الغرس في أرض غيره[٢] فيقلع غرسه.

وحمل القاضي هذه النُّصوص على أنَّ له القيمة على من غرَّه(٢) كما في المغرور بنكاح أمة؛ قال: فأمَّا المستحِقُّ للأرض؛ فلا ضمان عليه؛ لأنَّه لم يحصل منه إذن في ذلك.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: إشارةً، كما يدلُّ على التَّسوية بينهما كلامه في القسم الرَّابع من القاعدة السَّابعة والسبعين).

[٢] كتب على هامش (ن): (يعني: غصبًا؛ لثبوت التَّخيير للمالك هناك لا هنا).

---

(١) في (أ): الغرس.

(٢) في (ب): غيره.

وهذا مخالف لمدلول هذه النُّصوص على ما لا يخفى، وكونه لم يحصل منه إذن لا ينفي كون الغراس محترمًا، كما نقول فيمن حمل السَّيلُ إلى أرضه نَوًى، فنبت شجرًا: إنَّه كغراس المستعير على أحد الوجهين، لا يقلع مجَّانًا؛ لعدم التَّعدي في غرسه، وهو اختياره؛ أعني: القاضي، وأقرَّها القاضي في موضع آخر من «خلافه» رواية، وكذلك صاحب «المحرر».

ولكن الَّذي ذكره ابن أبي موسى والقاضي في «المجرد» وتبعه عليه المتأخرون: أنَّ للمالك قلعه مجانًا، ويرجع المشتري بالنَّقص على من غرَّه.

والصَّحيح الأوَّل، ولا يثبت عن أحمد سواه، وهو قول اللَّيث ومالك وأبي عبيد، وبه قضى عمر بن الخطاب(١) وعمر بن عبد العزيز(٢)

(١) يشير إلى ما أخرجه أبو عبيد في الأموال (ص ٣٦٦): عن معمر، عن ابن أبي نجيح - قال أبو عبيد: أحسبه - عن عمرو بن شعيب: «أن رسول الله ﷺ أقطع أقوامًا أرضًا، فجاء آخرون في زمن عمر فأحيوها، فقال لهم عمر حين فزعوا إليه: «تركتموهم يعملون ويأكلون، ثم جئتم تغيرون عليهم! لولا أنها قطيعة من رسول الله ﷺ ما أعطيتكم شيئًا»، ثم قومها عامرة، وقومها غامرة، ثم قال لأهل الأصل: «إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك، وخذوا أرضكم، وإن شئتم ردوا عليهم ثمن أديم الأرض، ثم هي لهم»، قال: قال معمر: ولم أعلم أنهم علموا أنها لقوم حين عمروها».

(٢) يشير إلى ما أخرجه أبو عبيد في الأموال (ص ٣٦٧): عن سليمان بن داود الخولاني، أن عمر بن عبد العزيز كان يقضي في الرجل إذا أخذ الأرض، فعمرها وأصلحها، ثم جاء صاحبها يطلبها، أنه يقول لصاحب الأرض: «ادفع إلى هذا ما أصلح فيها، فإنما عمل لك»، فإن قال: لا أقدر على ذلك، قال للآخر: «ادفع إليه ثمن أرضه».

ﷺ؛ لكنَّ عمر بن الخطاب خيَّر صاحب الأرض بين أن يعطي الغارس قيمة غرسه أو يدفع[1] الغارس إليه قيمة أرضه.

وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز؛ لكنَّه إنَّما قضى بدفع قيمة الأرض إلى المالك عند عجزه عن دفع قيمة الغراس.

وقد ذكر هذه الآثار أبو عبيد في كتاب «الأموال»، والخلَّال في كتاب القرعة من «الجامع».

ومنها: غراس الغاصب وبناؤه، والمشهور عن أحمد: أنَّ للمالك قلعه مجَّانًا، وعليه الأصحاب.

وعنه رواية ثانية: لا يقلع، بل يتملَّك بالقيمة أيضًا، وممَّن حكاها القاضي وابن عقيل في «كتاب الرِّوايتين» لهما، وخرَّجاها في «خلافيهما» من مسألة الصِّبغ، ونصَّ عليها أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه فيمن غصب أرضًا أو دارًا وبنى فيها؛ قال: يعجبني أن يَغرم البناء ويُعطِي؛ لأنَّه إن أخذ الغاصب بناءه؛ تضرَّرت[2] الأرض في الخراب والهدم، ويكون أيضًا ذهاب مال الغاصب في الجصِّ والآجرِّ وكلِّ شيء[3].

وفي «مسائل ابن هانئ»[4] عن أحمد في رجل اكترى أرضًا، يغرس

---

(١) قوله: (أو يدفع) هو في (ب) وباقي النسخ: (بين أن يدفع).

(٢) في (أ): تضر رب. وفي (ج) و(د) و(و): يضرُّ بربِّ. وفي (هـ): تضرر رب.

(٣) ذكرها في الروايتين والوجهين (١/ ٤١٨) ثم قال: (ونقل ابن مشيش ومهنى: يجبر على قلع البناء، وهو أصح).

(٤) مسائل ابن هانئ (٢/ ٢٥).

فيها أشجارًا، واشترط عليه ربُّ الأرض ألَّا يغرس فيها غيرَه، فغرس فيها شجرًا - يعني: غير ما اشترطه - وأثمر الشَّجر، وأراد أن يقلع الغرس؛ قال: لا يقلع الشَّجر من الأرض، يضرُّ بهما جميعًا.

وعلى هذه الرِّواية؛ فلا يقلع إلَّا مضمونًا؛ كغرس المستعير، كذلك حكاها القاضي وابن عقيل؛ فلذلك(١) يملك بالقيمة حيث لم يمكن القلع بدون ضرر[١].

ومنها: إذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها.

قال ابن أبي موسى: إن كان غير عالم بالوصيَّة؛ فهو محترم يتملَّك(٢) بقيمته غير مقلوع وجهًا واحدًا، وإن كان عالمًا بالوصيَّة؛ فكذلك، ويتوجَّه أن يقلع بناؤه.

ولم يفرِّق بين ما قبل القبول وبعده؛ فإنَّ ظاهر كلامه أنَّ الوصية تملك بالموت من غير قبول، فإنَّه ذكر أنَّ من وصَّى لمن لا يعرف؛ حملت وصيَّته إلى الحاكم؛ ليفرِّقها في أبواب البرِّ، ونصَّ أحمد على ذلك أيضًا.

---

[١] كتب في هامش (ج) و(د) و(هـ): (ومذهب إسحاق أنَّه يتملَّك بالقيمة قهرًا، نقله عنه حرب، وروى بإسناده عن عبيد الله العنبريِّ فيمن اشترى أرضًا فغرس فيها، ثمَّ استحقَّت؛ فللمالك أن يأمره بالقلع، وإن بذل له القيمة؛ أجبر على قبولها، ولم يكن له القلع).

---

(١) في (ب): فكذلك.
(٢) في (ب): متملَّك.

ولكن ما ذكره من أنَّ الوارث إذا بنى وهو عالم بالوصية أنَّ بناءه لا يقلع، يشكل على ذلك؛ لأنَّه يكون كبناء الغاصب، وأمَّا غير العالم؛ فبناؤه كبناء المشتري من الغاصب على ما سبق.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور: أنَّ البناء للورثة(١)، ولم يتعرَّض لتملكه عليهم ولا لقلعه، وظاهره أنَّه محترم، وذلك يرجع إلى أنَّ الموصى له يملكه من حين القَبول.

أمَّا إن قيل: تملَّكه بالموت، أو يتبيَّن بقبوله ملكُه بالموت؛ فالبناء في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان.

ومنها: من كان في أرضه نخلة لغيره، فلَحِقَ صاحبَ الأرض ضرر بدخوله؛ قال أحمد في رواية حنبل، وذُكر له الحديث الَّذي ورد في ذلك، وأنَّ النَّبيَّ ﷺ أمر صاحبها أن يبيع فأبى، فأمره أن يناقل فأبى، فأمره أن يهب فأبى؛ فقال النَّبيُّ ﷺ: «أنت مضارٌّ، اذهب فاقلع نخله».

قال أحمد: كلُّ ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر؛ يمنع من ذلك، فإن أجاب، وإلَّا جبره السُّلطان، ولا يضرُّ بأخيه إذا كان ذلك(٢) فيه مرفق له.

والحديث المشار إليه أخرجه أبو داود في «السُّنن»(٣)، وأورده

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٤٣٧٥): (قلت: سئل سفيان عن رجل أوصى لرجل بثوب، فقطعه الورثة قميصًا، أو بأرض فبنوها، أو بسويق فلتُّوه؟ قال: ما زاد أخذوه. قلت: الورثة؟ قال: نعم. قال أحمد: جيد، وكلما نقص يرجع الموصى له على الورثة).

(٢) قوله: (ذلك) سقط من (أ).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٣٦)، من حديث أبي جعفر محمد بن علي، عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، وضعفه الألباني.

الخلال في «الجامع» من وجه آخر.

ولا يقال: لم يأمره بضمان النَّقص؛ فيكون كغرس الغاصب؛ فكيف يتملَّك؛ لأنَّا قد قدَّمنا الخلاف في غرس الغاصب.

وأيضًا؛ فالأمر بالقلع هنا إنما كان عند الإصرار على المضارَّة والامتناع من قبول ما يدفع ضرر المالك، ولهذا قال أصحابنا في المستعير: إذا امتنع المعير من الضَّمان مطلقًا، فطلب قيمة البناء أو الغراس[(١)]؛ أجيب إلى ذلك، وإن طلب القلع وضمان النَّقص؛ لم يُجَب.

ومن ذلك: إذا اشترى حيوانًا يؤكل واستثنى رأسه أو أطرافه؛ فإنَّه يصحُّ، وإذا امتنع المشتري من الذَّبح؛ لم يجبر، وكان له قيمة المستثنى، نصَّ عليه.

ومن ذلك: من ملك ثوبًا فصبغه، ثمَّ زال ملكه عنه بفسخ؛ هل يملك من عاد إليه الملك تَملُّك الصِّبغ بالقيمة أم لا؟

قال الأصحاب في بائع المفلس إذا رجع[(٢)] إليه الثَّوب وفيه صِبغ: إنَّ له تملُّكه بالقيمة؛ لأنَّه معدٌّ للبيع ولا بدَّ؛ فيكون البائع أولى به؛ لاتصاله بملكه.

وأمَّا إن رجع إليه بفسخ بعيب؛ فالمشهور: أنَّه لا يملك تملُّكه قهرًا.

وخرَّج ابن عقيل وجهًا آخر: أنَّه يتملَّكه بالقيمة من مسألة الخرقيِّ في الصَّداق، حيث قال: له تملُّك الصبغ بقيمته.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): والغراس.

(٢) في (أ): دفع.

ونقل حنبل عن أحمد: أنَّ المشتري يردُّ المعيب على البائع ويأخذ منه قيمة الصِّبغ، وهذا يشعر بإجبار البائع على دفع قيمته.

وأمَّا الغاصب إذا صبغ الثَّوب؛ فهل للمالك تملُّك(١) الصِّبغ بقيمته قهرًا أم لا؟ فيه وجهان.

واختيار القاضي وابن عقيل: عدمه.

وصحَّح بعض الأصحاب خلافه؛ لأنَّ المشهور: أنَّه لا يملك قلعه، ويملكه على وجه مضمونًا، بخلاف البناء والغراس؛ فلا يتخلَّص من الضَّرر بدون تملُّكه.

فأمَّا الآثار الَّتي تقع بها الشركة، كضرب الحديد مساميرَ ونجر الخشب أبوابًا؛ فإن كان ذلك من الغاصب؛ فنصَّ أحمد في رواية ابن الحكم على أنَّ المالك يدفع إليه قيمة الزِّيادة، ويتملَّكه عليه.

وكذلك قال ابن أبي موسى والشِّيرازيُّ، لكنَّهما جعلا المردود نفقة العمل دون القيمة[١].

[١] كتب على هامش (ن): (والَّذي في «المغني»: أنَّه لا شيء للغاصب بعمله، سواء زادت العين أو لم تزد، قال: وذكر أبو الخطاب: أنَّ الغاصب يشارك المالك بالزيادة؛ لأنَّها حصلت بمنافعه، ومنافعه أجريت مجرى الأعيان، فأشبه ما لو غصب ثوبًا فصبغه، ثمَّ قال: والمذهب الأول، ذكره أبو بكر والقاضي؛ لأنَّه عمل في ملك غيره بغير إذنه، فلم يستحقَّ له عوضًا، كما لو أغلى زيتًا فزادت قيمته، أو بنى حائطًا لغيره، أو زرع حنطة إنسان في =

(١) في (أ): يملك.

....

= أرضه، والصِّبغ عين لا يزول ملك مالكه عنه بجعله مع ملك غيره، انتهى، وقد يقال: والمنافع إذا أجريت مجرى الأعيان، فهي كذلك أيضًا، وهذا موافق لرواية ابن الحكم).

وكتب على هامش (ن) أيضًا: (قد يلتحق بذلك نفقة الغاصب على المغصوب إذا كان حيوانًا إذا زاد به المغصوب بسِمَن ونحوه، والأصحاب على أنَّ السِّمن للمالك مضمون على الغاصب، فينبغي أن يحمل قولهم على سمن حصل من غير علف الغاصب).

قاعدة [٧٨]

من أدخل النَّقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه وتخليصه من ملك غيره:

[١]فإن لم يكن ممَّن دخل النَّقص عليه تفريطٌ بإشغال(١) ملكه بملك غيره؛ فالضَّمان على من أدخل النَّقص.

[٢]وإن كان منه تفريطٌ؛ فلا ضمان على من أدخل النَّقص.

[٣]وكذا إن وجد ممَّن دخل النَّقص عليه إذنٌ في تفريغ ملكه من ملك غيره[٤]؛ حيث لا يجبر الآخر على التَّفريغ.

[٥]وإن وجد منه إذنٌ في إشغال ملكه بمال غيره، حيث لا يجبر الآخر على التَّفريغ؛ فوجهان.

[١] كتب على هامش (ن): (قسم أوَّل).

[٢] كتب على هامش (ن): (قسم ثانٍ).

[٣] كتب على هامش (ن): (قسم ثالث).

[٤] كتب في هامش (ن): (أي: إذا حصل بالتفريغ نقص في ملك الآذن).

[٥] كتب على هامش (ن): (قسم رابع).

(١) في (ب): باشتغال.

ويتفرَّع على ذلك مسائل كثيرة:

منها: لو باع دارًا فيها ناقة لم تخرج من الباب إلَّا بهدمه؛ فإنَّه يهدم، ويضمن المشتري[١] النَّقص.

ومنها: لو اشترى أرضًا فيها زرع للبائع، فحصده، فإن لم يبق(١) له عروق أو كانت لا تضرُّ؛ فليس عليه نقلها، وإن كانت تضرُّ عروقه بالأرض؛ كالقطن والذُّرة؛ فعليه[٢] النَّقل وتسوية الحفر، ذكره القاضي وابن عقيل.

---

[١] كتب في هامش (د): (لعلَّه: للمشتري).

كتب على هامش (ن): (إنَّما كان يضمن المشتري النقص؛ لتفريطه بشرائه الدَّار وفيها الناقة، فهي من القسم الثاني).

وكتب على هامش (ن) أيضًا: (المشتري لا يضمن نقصًا؛ لأنَّه لو ضمن النَّقص؛ ضمنه لنفسه، ولا يضمن الشَّخص لنفسه، فالصَّواب أن يقال: ولا يضمن للمشتري النقص ونحو ذلك).

قلنا: في المغني جعل الضمان على البائع، قال في المغني (٥/ ٢١١): (ولو باع دارًا فيها خوابي لا تخرج إلا بنقض الباب، أو خزائن أو حيوان، وكان نقض الباب أقل ضررًا من بقاء ذلك في الدار، أو تفصيله، أو ذبح الحيوان؛ نُقِضَ، وكان إصلاحه على البائع؛ لأنه لتخليص ماله، وإن كان أكثر ضررًا، لم ينقض؛ لأنه لا فائدة فيه).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: على البائع).

---

(١) في (ب): يكن.

ومنها[١]: لو دخل حيوانُ غيرِه دارَه وتعذَّر إخراجه بدون هدم بعضها، أو أدخَلَت بهيمةُ غيرِه رأسها في قدره، أو وقع دينارُ غيرِه في محبرته، وتعذَّر إخراجه بدون الكسر؛ ولم يكن ذلك بتفريط أحد، فهدمت الدَّار وكسرت القدر أو المحبرة؛ فالضَّمان على صاحب الحيوان والدِّينار.

ومنها[٢]: ما(١) لو حمل السَّيل إلى أرضه غرس غيره، فنبت فيها، فقلعه مالكه؛ فعليه تسوية حفره.

ومنها: لو اشترى أرضًا فغرسها، ثم أفلس ورجع بها(٢) البائع، واختار المفلس والغرماء القلع؛ فعليهم تسوية الحفر وضمان أرش النَّقص؛ لأنَّه نقص حصل بفعلهم في ملك البائع لتخليص ملكهم منه.

ومنها[٣]: لو غصب فصيلًا وأدخله داره، وكبر وتعذَّر إخراجه بدون هدمها؛ فإنَّها تهدم من غير ضمان؛ لتفريطه.

وكذا إذا غصب غراسًا وغرسه في أرضه؛ فإنَّه يقلع ولا يضمن حفره.

---

[١] كتب على هامش (ن): (هذا من القسم الأوَّل).

[٢] كتب على هامش (ن): (من القسم الأوَّل).

[٣] كتب على هامش (ن): (من القسم الثَّاني).

---

(١) سقطت من (ب) وباقي النسخ.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: فيها.

ومنها[١]: لو غصب ثوبًا فصبغه، ثمَّ طلب قلع صِبغه - وقلنا: يملكه -؛ فعليه ضمان نقص الثَّوب بذلك، كما لو غرس الأرض الَّتي غصبها ثمَّ قلع غرسه.

ومنها[٢]: لو أعاره أرضًا للغرس، ثم أخذ غرسه منها، فإن كان قد شرط عليه القلع؛ فلا يلزمه ضمان النَّقص بذلك ولا تسوية الحفر؛ لأنَّ المالك رضي بذلك باشتراطه له.

وإن لم يشترط القلع؛ فوجهان[٣]:

أحدهما: لا يلزمه أيضًا، قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنَّ الإعارة مع العلم بجواز القلع رضًا بما ينشأ عنه من الحفر.

والثَّاني: يلزمه ذلك(١)، وبه جزم صاحب «الكافي»؛ لأنَّه قلع باختياره، حيث لا يجبر عليه، فقد أدخل النَّقص على ملك غيره لاستصلاح ماله.

وعلى هذا؛ فلو طلب منه المالك القلع وبذل له أرش النَّقص؛ فينبغي ألَّا يَلزمَه التَّسوية؛ لأنَّ القلع بأمر المالك، مع أنَّ كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك.

فأمَّا الإعارة للزَّرع إذا كانت عروقه الباقية تضرُّ بالأرض؛ فقد

---

[١] كتب على هامش (ن): (من القسم الأوَّل).

[٢] كتب على هامش (ن): (من القسم الثَّالث).

[٣] كتب على هامش (ن): (لأنَّه من القسم الرَّابع).

---

(١) في (ب): كذلك.

يقال(١): يجب نقلها وتسوية الحفر؛ لأنَّ الزَّرع يجبر على تفريغ الأرض منه، بخلاف الغرس[١].

وقد يقال: لا يجب؛ لأنَّ الإذن فيه مع العلم بأنَّه لا يبقى؛ رضًا بما ينشأ من قلعه المعتاد.

ومنها: إذا آجره أرضًا للغراس وانقضت المدَّة؛ فإن كان القلع مشروطًا عند انقضائها؛ فلا ضمان[٢]، وإن لم يكن مشروطًا؛ ففيه الوجهان أيضًا.

ولم يحك صاحب «الكافي» في الضَّمان خلافًا.

وكذلك هو ظاهر كلام القاضي في «المجرد»، وعلَّل: بأنَّه قلع غرسه من أرض غيره الَّتي لا يد له عليها بغير أمره.

وجزم صاحب «التلخيص» بعدم الضَّمان، ولم يذكر فيه خلافًا، وعلَّل: بأنَّ المالك دخل على ذلك.

ومنها: إذا غرس المشتري في الأرض ثمَّ انتزعها الشَّفيع، فقلع المشتري غرسه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقيِّ؛ لأنَّه فعله في ملك غيره؛ لتخليص ملكه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (في «المحرَّر» وغيره: تخيير المعير بين تملُّك الغراس والبناء، وبين قلعهما وضمان نقصهما، ومقتضى ذلك: أنَّ الغرس يجبر على قلعه، وليس في«المقنع» أنَّ للمعير القلع، وضمان النَّقص).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: إذا قلعه فلا ضمان عليه لتسوية الأرض).

---

(١) قوله: (فقد يقال) هو في (أ): فقال.

والثَّاني: لا يلزمه(١) ذلك، ذكره القاضي، وبه جزم في «الكافي» معلِّلًا بانتفاء عدوانه، مع أنَّه جزم في باب العارية[١] بخلافه.

والقاضي إنَّما علَّل بأنَّه نزع ملك نفسه من ملك نفسه، وهذا إنَّما يكون إذا قلع قبل تملُّك الشَّفيع لا بعده.

---

[١] كتب على هامش (ن): (والإجارة، كما تقدَّم).

---

(١) في (أ): لا يلزم.

قاعدة [٧٩]

الزَّرع النَّابت في أرض الغير بغير إذنٍ صحيحٍ أقسام:

القسم الأوَّل: أن يزرع عدوانًا محضًا، غير مستند إلى إذن بالكليَّة، وهو زرع الغاصب؛ فالمذهب: أنَّ المالك إن أدركه نابتًا[١] في الأرض؛ فله تملُّكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الرِّوايتين.

وإن أدركه قد حُصد؛ فلا حقَّ له فيه.

ونقل حرب عن أحمد: أنَّ له تملُّكه أيضًا.

ووهَّم أبو حفص العكبريُّ ناقلها، على أنَّ من الأصحاب من رجَّحها بناء على أنَّ الزَّرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداءً، والمعروف في المذهب خلافه.

والمعتمد عند الأصحاب في المسألة هو حديث رافع بن خديج(١).

وقد احتجَّ به أحمد تارة، وقال تارة: (ما أراه محفوظًا)، وذكر فيه

[١] كتب في هامش (هـ): (لعلَّه: باقيًا).

(١) يشير إلى ما رواه أحمد (١٧٢٦٩)، وأبو داود (٣٤٠٣)، والترمذي (١٣٦٦)، وابن ماجه (٢٤٦٦)، عن رافع بن خديج ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم؛ فليس له من الزرع شيء وله نفقته».

حديثًا آخر مرسلًا من مراسيل الحسن بن محمَّد بن الحنفية[(١)]، وقال: (هو شيء لا يوافق القياس)[(٢)]، وفرَّق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقلع غرسه؛ كما دلَّ عليه قوله: «لَيْسَ لِعرقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[(٣)]؛ بأنَّ الزَّرع يتلف بالقلع؛ فقلعه فساد، بخلاف الغرس.

ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس: بأنَّ المتولِّد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون ملكًا لمالك الأمِّ دون مالك الأب بالاتفاق، مع كونه مخلوقًا من مائهما، وبطون الأمَّهات بمنزلة الأرض، وماء الفحول بمنزلة البذر، ولهذا سمَّى الله تعالى النِّساء: حرثًا، ولعن النَّبيُّ ﷺ من سقى ماءه زرعَ غيره[(٤)]؛ فجعل الولد زرعًا، وهو لمالك أمِّه.

---

(١) يشير إلى ما رواه ابن أبي شيبة (٢٢٤٤٤) عن قيس بن مسلم، عن الحسن بن محمد، قال: «مرَّ النبي ﷺ على زرع يهتز، فسأل عنه فقالوا: رجل زرع أرضًا بغير إذن صاحبها، فأمره أن يردها ويأخذ نفقته».

(٢) ينظر: المغني (٥/ ١٩٠).

(٣) رواه أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨)، وابن ماجه (٢٤٦٦)، والنسائي في الكبرى (٥٧٢٩)، عن سعيد بن زيد رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لعرقٍ ظالمٍ حق».

(٤) أخرج مسلم (١٤٤١) عن أبي الدرداء رضي الله عنه، عن النبي ﷺ: أنه أتى بامرأة مجح - هي الحامل التي قربت ولادتها - على باب فسطاط، فقال: «لعله يريد أن يلم بها»، فقالوا: نعم، فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه قبره، كيف يورثه وهو لا يحل له؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟».

وأخرج أحمد (١٦٩٩)، وأبو داود (٢١٥٨) عن رويفع رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره» يعني: إتيان الحَبَالى من السبايا.

وسرُّ ذلك: أنَّ الحيوان ينعقد من الماءين، ثمَّ يغتذي من دم المرأة؛ فأكثر أجزائه مخلوقة من الأمِّ، كذلك البذر ينحلُّ في الأرض، وينعقد الزَّرع من التُّربة والحبَّة، ثمَّ يغتذي من الأرض ومائها وهوائها؛ فيصير أكثر أجزائه من الأرض.

وإنَّما خُيِّر مالك الأرض بين تملكه وبين أخذ الأجرة؛ لأنَّه قابل لاستيفائه[١] بعقد الإجارة، بخلاف الإيلاد، وجُبِر حقُّ صاحب البذر بإعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوِّمًا، بخلاف ما يخلق منه الولد؛ فإنَّه لا قيمة له؛ فلذلك لم يجب لأحد الأبوين شيء.

وهذا مطَّرد في جميع المتولِّدات بين شيئين؛ في الحيوان والنَّبات والمعدن؛ حتَّى لو ألقى رجل في أرض رجل شيئًا ممَّا يُنبت المعادن؛ لكان الخارج منه لربِّ الأرض كالنِّتاج والزَّرع.

وهذه الطَّريقة سلكها القاضي في «خلافه» وابن عقيل والشَّيخ تقي الدين[٢]، وهذا ملخَّصٌ من كلامه.

القسم الثَّاني: أن يؤذن له في زرع شيء، فيزرع[٣] ما ضرره أعظم منه؛ كمن استأجر لزرع شعير فزرع ذرة أو دُخْنًا؛ فحكمه حكم الغاصب عند الأصحاب؛ لتعدِّيه بزرعه، فإنَّه غير مستند إلى إذن.

والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله: أنَّ عليه ضمان أجرة

(١) في (ب) و(و): لاستبقائه.
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ١٢٤).
(٣) في (ب): فزرع.

المثل للزِّيادة[(١)]، ولم يذكر تملُّكًا؛ فإنَّ هذا الزَّرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر الزَّرع المستأجر له، والزِّيادة عليه غير مأذون فيها، وهي غير متميِّزة؛ فكيف يتملَّك المُؤْجِرُ الزَّرع كلَّه؟!

وقد ينبني ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من الأجرة؛ هل هو الأجرة المسمَّاة مع تفاوت ما بين الأجرتين من أجرة المثل، أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحَّض عدوانًا؟

والمنصوص الأوَّل، وهو قول الخرقيِّ والقاضي.

والثَّاني اختيار ابن عقيل، وحكاه القاضي عن أبي بكر، وكلامه في «التَّنبيه» يوافق الوجه الأوَّل.

فعلى الوجه الأوَّل: لا يتوجَّه أن يتملَّك المُؤْجِر الزَّرع كلَّه.

وعلى الثَّاني: يتوجَّه ذلك.

فكيف جزم القاضي بتملُّكه مع اختياره الوجه الأوَّل في الضَّمان؟!

ولو استأجر للزَّرع مدَّة معيَّنة، فزرع فيها ما لا يتناهى في تلك المدَّة، ثمَّ انقضت؛ فقال الأصحاب: حكمه بعد انقضاء المدَّة حكم

---

(١) لم نقف على نص هذه الرواية في مسائل عبد الله ولا غيرها.
والذي في مسائل عبد الله (ص ٤٠٤): (وسألته عن رجل استأجر من رجل أرضًا من أرض السواد عشرين جريبًا؛ عشرة يزرعها حنطة كل جريب بقفيز حنطة، وعشرة أجربة يزرعها شعيرًا كل جريب بقفيز شعير، ثم إنه زرع العشرين جريبًا كلها حنطة، ما الذي يجب لرب الأرض عليه من الإجارة والحنطة وما أضر بالأرض من الشعير؟ قال: ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فنعطيه لصاحب الأرض).

زرع الغاصب للعدوان.

ثمَّ إنَّ القاضي وابن عقيل قالا: عليه تفريغ الأرض بعد المدَّة.

وليس بجار على قواعد المذهب، وإنَّما المالك مخيَّر بين تملُّكه وتركه بالأجرة، فأمَّا القلع؛ فلا.

القسم الثَّالث: أن يزرع بعقد فاسد ممَّن له ولاية العقد؛ كالمالك والوكيل والوصي والنَّاظر، إمَّا بمزارعة فاسدة أو بإجارة فاسدة؛ فقال الأصحاب: الزَّرعُ لمن زرعه، وعليه لربِّ الأرض أجرة مثله.

وذكر القاضي في «خلافه»: أنَّ أحمد نصَّ عليه في رواية حرب في البيع الفاسد، وإنَّما رواية حرب في الغرس.

وذكره الخرقيُّ أيضًا في المزارعة الفاسدة؛ لأنَّ الزَّرع هنا استند إلى إذنِ مَن له الإذن؛ فلا يكون عدوانًا.

ويحتمل على هذا: التَّفريق بين إذن المالك ومن يتصرَّف لغيره بطريق المصلحة كالوصيِّ؛ فلا يعتبر(١) إذنه؛ لانتفاء المصلحة في العقد الفاسد.

ويحتمل أيضًا: التَّفريق بين عقود الملك كالبيع، وعقود التَّصرُّف بالإذن كالمزارعة؛ لأنَّ عقود الملك وقع العقد فيها على الملك دون الإذن، ولهذا لم يصح(٢) تصرُّف المشتري في العقد الفاسد، بخلاف عقود التَّصرُّف؛ فإنَّ الإذن موجود في صحيحها وفاسدها، ولذلك صحَّحنا التَّصرُّف في فاسدها.

---

(١) في (ب) و(د): تعتبر.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): (يصحح)، وفي (هـ): نصحِّح.

وقد ورد في ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعيِّ، عن واصل بن أبي جَميل، عن مجاهد: «أنَّ أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ، فقال أحدهم: قبلي الأرض، وقال الآخر: قِبَلي الفدن، وقال الآخر: قِبَلي البذر، وقال الآخر: عليَّ العمل، فلمَّا استُحْصد الزَّرع؛ تَفَاتَوْا فيه[١] إلى رسول الله ﷺ، فجعل الزَّرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب العمل درهمًا كلَّ يوم، وجعل لصاحب الفدَّان شيئًا معلومًا»[٢].

وقد أنكر أحمد هذا الحديث، قال في رواية ابن القاسم: (لا يصحُّ، والعمل على غيره)[٣]، وقال أبو داود: سمعت أحمد يذكر[٤] هذا الحديث، فقال: (هو منكر؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ جعل الزَّرع لصاحب الأرض، وفي هذا الحديث جعل الزَّرع لصاحب البذر)[٥].

وهذا الكلام يدلُّ على أنَّ العمل عند الإمام أحمد على أن يكون الزَّرع لصاحب الأرض في الإجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة.

وقال في رواية إبراهيم بن الحارث: الحديث حديث أبي جعفر الخطميِّ.

يشير إلى ما رواه أبو جعفر عن سعيد بن المسيِّب؛ قال: كان ابن

(١) في (ب): به.
(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٢٥٦٣).
(٣) ينظر: المغني (٥/ ٣١٧).
(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(و): ذكر.
(٥) مسائل أبي داود (ص ٣٩١).

عمر لا يرى بها - يعني: المزارعة - بأسًا؛ حتَّى بلغه عن رافع بن خديج حديث، فلقيه، فقال رافع: أتى النَّبيُّ ﷺ بني حارثة، فرأى زرعًا، فقال: «ما أحسن زرع ظُهير؛ أليس أرض ظُهير»؟ قالوا: بلى، ولكنَّه أزرعها، فقال النَّبيُّ ﷺ: «خذوا زرعكم، ورُدُّوا عليه نفقته»، أخرجه أبو داود والنَّسائيُّ(١).

ولأبي داود معناه من حديث عبد الرَّحمن بن أبي أنعم(٢) عن رافع بن خديج(٣).

وللدَّارقطنيِّ نحوه من حديث عائشة(٤)، ولابن عديٍّ معناه من حديث جابر(٥)، وفيهما ضعف.

وكلُّ هذه واردة في المزارعة الفاسدة لا في الغصب.

وقد رجَّح الإمام أحمد حديث أبي جعفر على حديث أبي إسحاق عن عطاء عن رافع بن خديج، فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم، وقال: (الحديث حديث أبي جعفر)، وقال في رواية أبي داود: (أبو إسحاق زاد

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٩٩)، والنسائي (٣٨٨٩).

(٢) في (هـ): نعيم. والذي في أبي داود: نعم. قال في تقريب التهذيب (ص ١٧٥): (بضم النون وسكون المهملة).

(٣) رواه أبو داود (٣٤٠٢) من طريق بكير يعني ابن عامر، عن ابن أبي نعم، حدثني رافع بن خديج، أنه زرع أرضًا فمر به النبي ﷺ وهو يسقيها، فسأله: «لمن الزرع؟ ولمن الأرض؟» فقال: زرعي ببذري وعملي، لي الشطر، ولبني فلان الشطر، فقال: «أربيتما، فرُدَّ الأرض على أهلها، وخذ نفقتك».

(٤) برقم (٢٩٤٢).

(٥) أخرجه ابن عدي في الكامل (١/ ٥٣٤).

فيه: (زرع بغير إذنه)، وليس غيره يذكر هذا الحرف)(١)[١].

فقد بيَّن أنَّ التَّملُّك بالنفقة إنما يثبت عنده في المزارعة الفاسدة لا في الغصب؛ فكيف لا يكون مذهبه في المزارعة الفاسدة: أن يتملَّك الزرع فيها مع ثبوت الحديث فيها بخصوصيتها دون الغصب؟! لا سيَّما وقد أنكر حديث جعل الزَّرع لربِّ البذر، وصرَّح بأنَّ العمل على غيره.

وقد خرَّج الشَّيخ تقي الدين وجهًا في المزارعة الفاسدة: أنَّها تملك بالنفقة من زرع الغاصب(٢). وقد رأيت أنَّ كلام أحمد إنما يدل عليه لا على خلافه.

القسم الرَّابع: أن يزرع في أرض غيره بعقد ممَّن يظنُّ أنَّ له ولاية العقد، ثمَّ يتبين(٣) بخلافه، مثل أن يتبيَّن أنَّ الأرض(٤) مستحقَّة للغير:

فالمنصوص: أنَّ لمالك الأرض تملُّكه بالنَّفقة أيضًا، نقله عنه الأثرم وإبراهيم بن الحارث ومهنَّى.

وهذا متوجِّه على قول القاضي ومن وافقه: إنَّ غرسه وبناءه كغرس الغاصب وبنائه.

---

[١] كتب في هامش (ج) و(هـ): (وقد نسب غير أحمد الغلط إلى شريك بن عبد الله الكوفي الراوي له عن أبي إسحاق).

---

(١) مسائل أبي داود (ص ٢٧٣).
(٢) ينظر: الاختيارات (ص ٢١٩).
(٣) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): تبيَّن.
(٤) في (ب) و(ج) و(و): تبين الأرض.

فأمَّا على المنصوص هناك أنَّ بناءه وغراسه محترم؛ كغرس المستعير والمستأجر وبنائهما؛ فيتوجَّه أن يكون الزَّرع لمالكه وعليه الأجرة، ويرجع بها على الغاصب لتغريره.

وبمثل ذلك أفتى الشَّيخ تقيُّ الدِّين(١)؛ لكنَّه جعل الزَّرع بين المالك والزَّارع نصفين؛ بناء على أصله في اتِّجار الغاصب بالمال أنَّ الربح بينه وبين المالك.

وطَرْدُه: أن يكون زرع الغاصب كذلك، ولكن لا يُعلم(٢) به قائلٌ.

ثمَّ وجدنا ابن أبي ليلى يقول بذلك في زرع الغاصب وفي أجرة ما بناه في الأرض المغصوبة، وقد وافقه أحمد على أجرة البناء خاصَّة.

ويشهد لهذا الوجه: أنَّ الزَّرع النَّابت في أرض الغير ممَّا حمله السَّيل لمالكه مبقًى بالأجرة؛ لحصوله من غير عدوان ولا تفريط؛ وإن كان الإذن منتفيًا، وههنا مثله.

ويحتمل أن يتملَّكه مالك الأرض أيضًا؛ كالمزروع بعقد فاسد على ما دلَّ عليه كلام أحمد، وليس الامتناع من قلع الغرس مجانًا منافيًا لتملُّك الزرع، فإنَّ المانع من القلع إدخال الضَّرر على مالك الغراس بالنَّقص، وهو معذور؛ لغروره، وقد يتعذَّر عليه الرُّجوع على الغاصب، والمقتضي لتملُّك الزَّرع هو انتفاء الإذن الصَّحيح، وهو موجود هنا(٣)، ولهذا يتملَّك غراسه وإن قيل باحترامه.

---

(١) ينظر: الاختيارات (ص ٢٣٥).

(٢) في (ب) و(د): لم نعلم. وفي (هـ): لم يعلم.

(٣) قوله: (هنا): سقط من (أ).

القسم الخامس: أن يزرع في أرضٍ بملكه لها أو بإذن مالكها، ثمَّ ينتقل ملكها إلى غيره والزَّرع قائم فيها، وهو نوعان:

أحدهما: أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزَّرع في بقيَّة مدَّته؛ فالزَّرع لمالكه ولا أجرة عليه بسبب تجدُّد الملك بغير إشكال.

ويدخل تحت هذا:

من استأجر أرضًا من مالكها وزرعها، ثمَّ مات المؤْجِر وانتقلت إلى ورثته.

ومن اشترى أرضًا فزرعها ثمَّ أفلس، فإنَّ للبائع الرجوع في الأرض، والزرع للمفلس[١].

ومن أصدق امرأته أرضًا فزرعتها(١)، ثمَّ طلَّقها قبل الدخول والزرع قائم - وقلنا: له الرجوع[٢] -؛ فإنَّ الزَّرع مبقًى بغير أجرة(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: مبقًى إلى الحصاد مجَّانًا، ذكره في «الرِّعاية»).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: لكون الزرع فيها زيادة متَّصلة، كثمر الشَّجر، فإنَّه زيادة متَّصلة قبل التَّأبير وبعده، وفيه وجهان في «التَّرغيب»، وقدم في «الفروع» أنَّه كما لم يؤبَّر، وجزم به في «المغني» في بيع الأصول والثِّمار).

---

(١) في (أ): فزرعها.

(٢) زاد في (ج) و(هـ): إلى أوانه.

وكذلك حكم من زرع(١) في أرض يملكها، ثمَّ انتقلت إلى غيره ببيع أو غيره: يكون الزَّرع مبقًّى فيها بغير أجرة إلى أوان أخذه.

والنَّوع الثَّاني: أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأوَّل إلى غيره.

ومن أمثلة ذلك: الوقف إذا زرع فيه أهل البطن الأوَّل أو من آجروه، ثمَّ انتقل إلى البطن الثَّاني والزَّرع قائم:

فإن قيل: إنَّ الإجارة لا تنفسخ وللبطن الثَّاني حصَّتهم من الأجرة؛ فالزَّرع مبقًّى لمالكه بالأجرة السَّابقة.

وإن قيل: بالانفساخ - وهو المذهب الصَّحيح -؛ فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدَّة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر[١]؛ فيبقى بالأجرة إلى أوان أخذه.

وقد نصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى في مسألة الإجارة المنقضية.

وأفتى به في الوقف الشَّيخ تقي الدين، وأفتى مرَّة أخرى بأنه يجعل مزارعة بين الزَّارع وربِّ الأرض؛ لنموه من أرض أحدهما وبَذْر الآخر، وكذلك أفتى في الأقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مُقْطَع آخر والزَّرع قائم فيها(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أمَّا إن كان بقاؤه بتفريطه؛ خُيِّر المالك بين تملُّكه بالقيمة وبين تركه بالأجرة).

---

(١) في (أ): يزرع.

(٢) ينظر: الاختيارات (ص ٢٥٧).

ومنها: الشَّفيع إذا انتزع الأرض وفيها زرع للمشتري؛ فهو محترم، وهل يستحقُّ أجرة المثل على المشتري؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحقُّ شيئًا، وهو المذكور في «المغني» و«التَّلخيص».

وقال أبو البركات في «تعليقه على الهداية»: هو أصحُّ الوجهين لأصحابنا؛ إلحاقًا له ببيع الأرض المزروعة؛ فإنَّ الأخذ بالشُّفعة نوعُ بيعٍ قهريٍّ.

والثَّاني: أنَّ(١) له الأجرة من حين أخذه، ذكره أبو الخطاب في «انتصاره»، وهو أظهر؛ لأنَّ حقَّ الشفيع في العين والمنفعة جميعًا؛ لوقوع العقد عليهما، وفي ترك الزرع مجانًا تفويتٌ لحقِّه من المنفعة بغير عوض؛ فلا يجوز[١].

القسم السَّادس: احتمل السَّيل بذر إنسان إلى أرض غيره، فنبت فيها، فهل يلحق بزرع الغاصب؛ لانتفاء الإذن من المالك؛ فيتملَّكه بقيمته، أو بزرع المستعير أو المستأجر بعد انقضاء المدَّة؛ لانتفاء العدوان من صاحب البذر؟ على وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قد يقال: حقُّه في المنفعة الباقية، ومنفعة المشتري بالزِّراعة في معنى المنفعة المستوفاة التالفة، فلا حقَّ له فيها، كما لو أعاره أرضًا للزَّرع، فزرع، ثمَّ رجع؛ لزم تبقيته إلى الحصاد بلا أجرة عند صاحب «المحرر»، لكن قال الأصحاب: وغيره بالأجرة).

---

(١) قوله: (أنَّ) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(و).

أشهرهما: أنَّه كزرع المستعير، وهو اختيار القاضي وابنه أبي الحسين وابن عقيل، وذكره أبو الخطاب عن أحمد.

لكن هل يترك في الأرض مجانًا أو(١) بأجرة؟ على وجهين:

أحدهما: يترك مجانًا، قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنَّه وإن انتفى عنه إذن المالك؛ فقد انتفى عنه فعل الزَّارع؛ فيتقابلان، ولأنَّه حصل في الأرض بغير تفريط؛ فهو كالقائم في الأرض المبيعة.

والثَّاني: له الأجرة، وذكره أبو الخطاب عن أحمد؛ لأنَّه زرع حصل ابتداؤه في أرض الغير بغير إذنه[١]؛ فأوجب الأجرة كالمشتري من الغاصب وهو لا يعلم.

القسم السَّابع: من زرع في أرض غيره بإذن غير لازم -كالإعارة[٢] -، ثمَّ رجع المالك؛ فالزَّرع مبقًّى لمن زرعه إلى أوان أخذه(٢) بغير خلاف.

لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرُّجوع أم لا؟ على وجهين:

أشهرهما: الوجوب، وهو قول القاضي وأصحابه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (في هذا احتراز من زرع المستعير).

[٢] كتب على هامش (ن): (وفي «المقنع»: إذا أعاره أرضًا للزَّرع؛ لم يرجع إلى الحصاد، إلَّا أن يكون ممَّا يحصد قصيلًا فيحصد، وقال في «المحرَّر» بدل قوله: "لم يرجع": فرجع، ففهم منه: أنَّ له الرُّجوع، لكن يكون الزَّرع مبقى لكون ابتدائه كان بالإذن).

---

(١) في (ب): أم.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): حصده.

والثَّاني: انتفاؤه؛ لأنَّه دخل على الانتفاع بغير عوض، وهو اختيار صاحب «المحرَّر»، وظاهرُ كلام أحمد في رواية صالح يشهد له[(١)].

القسم الثَّامن: من زرع في ملكه الَّذي مُنع من التصرف فيه لحقِّ غيره؛ كالرَّاهن والمؤْجِر، وكان ذلك يضرُّ بالمستأجر وبالمرتهن؛ لتنقيصه قيمة الأرض عند حلول الدَّين؛ فهو كزرع الغاصب، وكذلك غراسه وبناؤه؛ فيقلع الجميع، ذكره القاضي في «خلافه».

وإنَّما يقلع[(٢)] الزَّرع هنا؛ لأنَّ مالك الأرض هو الزَّارع، والمتعلِّق حقُّه بها لا يمكنه تملُّكه؛ لعدم ملكه، فيتعيَّن[(٣)] القلع، وفيه نظرٌ.

أمَّا في الرَّهن؛ فيمكن أن يقال: إنَّ نقص الأرض ينجبر برهنيَّة الزَّرع؛ فإنَّه من جملة نماء الأرض، فيدخل في الرَّهن، فلا يجوز قلعه لذلك، مع ما فيه من إتلاف مال الرَّاهن.

وقد صرَّح القاضي في «المجرد»، وابن عقيل في «الفصول»: بأنَّ الغراس الحادث في الأرض المرهونة بنفسه أو بفعل الرَّاهن يكون رهنًا[(٤)]؛ لأنَّه من نمائها، والزَّرع مثله.

ولو قيل: إنَّه لا يدخل في الرَّهن؛ فيجوز أن يؤخذ من الرَّاهن أجرةُ مثله، أو ما نقص من قيمة الأرض بسببه ويجعل رهنًا.

---

(١) جاء في مسائل صالح (٣/ ١٨٩): (الرجل يعير الرجل الأرض يزرعها: ليس له أن يرجع حتى يدرك الزرع).

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(و): قلع.

(٣) في (ب) و(د) و(و): فتعيَّن.

(٤) قوله: (يكون رهنًا): ذكر في (ب) و(و) بعد قوله: الأرض المرهونة.

وقد وقع في كلام أحمد في رواية ابن منصور، وفي كلام ابن أبي موسى: ما يدلُّ على[(١)] جواز انتفاع الرَّاهن بالرَّهن بإذن المرتهن، ويؤخذ منه الأجرة وتجعل رهنًا[(٢)]، وهذا في معناه.

وأمَّا المستأجر ولا سيَّما إن كان استأجر للزَّرع؛ فيجوز أن يقال: له تملُّك الزَّرع بنفقته؛ إذ هو مالك المنفعة، كما يقال مثله في الزَّرع في أرض الوقف: إنَّ الموقوف عليه يتملَّكه بالنَّفقة؛ لملكه منفعة الأرض.

ويحتمل تخريج ذلك على الوجهين في تملُّك الموقوف عليه للشُّفعة بشركة الوقف، على طريقة من علَّل ثبوتَ الشُّفعة بكونه مالكًا، وانتفاءَها بقصور ملكه؛ فكذلك هنا.

كذا القول في تملُّكه للغراس[(٣)] والبناء.

وعلى هذا يتخرَّج ما[(٤)] لو غُصبت الأرض الموصى بمنافعها أو

---

(١) في (أ): على أنَّ.

(٢) لم نقف على نص هذه الرواية في مسائل ابن منصور، لكن جاء فيها جواز تصرف المرتهن بالرهن بإذن الراهن، ففي (٦/ ٣٠٣٦): (قلت: قال سفيان: لو أن الراهن قال للمرتهن: الْبَسْهُ، أو أَعِرْهُ، أو أَكْرِهِ، فقد خرج من الضمان، والرهن؟قال أحمد: له أن يكري بإذن الراهن، فإذا رجع إليه صار رهنًا، ويكون الكراء للراهن، فإذا قال: الْبَسْهُ لم يجز له أن يلبسه إذا كان يأخذ الفضل، ويأخذ حقه، هو رهن على حاله، فإذا قال له: أعره فأعاره، ثم رجع إليه: فهو رهن على حاله، وإذا قال له: ضعه على يَدي عدل، فهو مقبوض للمرتهن، فإن مات الراهن، أو أفلس، كان المرتهن أحق به من الغرماء).

(٣) في (ب): الغراس.

(٤) قوله: (ما): سقط من (أ).

المستأجرة وزُرِع فيها؛ فهل يملك الزَّرع[1] مالك الرَّقبة أو مالك المنفعة؟

(١) في (ب): تملَّكه. وفي (و): يتملك الزرع.

قاعدة [٨٠]

ما يتكرَّر حمله من أصول البقول والخضراوات؛ هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر؟ فيه وجهان.

وينبني على ذلك مسائل:

منها: هل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا؟

إن ألحقناها بالشَّجر لتكرُّر حملها؛ جاز، وبه صرَّح القاضي وابن عقيل في موضع.

وفرَّقا في موضع آخر بين ما يتباقى منها سنين كالقطن الحجازيِّ؛ فيجوز بيع(١) أصوله، وما لا يتباقى إلَّا سنة ونحوها(٢)؛ فلا يجوز بيعه إلَّا بشرط القطع؛ إلَّا أن يباع مع الأرض كالزَّرع.

ورجَّح صاحب «التلخيص»: أنَّ المقاثي ونحوها لا يجوز بيعها إلَّا بشرط القطع؛ فإنَّها مع أصولها معرَّضة للآفات كالزَّرع، وهو مقتضى كلام الخرقيِّ وابن أبي موسى.

ومنها: إذا باع(٣) الأرض وفيها هذه الأصول، فإن قلنا: هي

(١) في (ب) و(د): مع.
(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): أو نحوها.
(٣) في (ب): باعه.

كالشَّجر؛ انبنى على أنَّ الشَّجر هل يدخل في بيع الأرض مع الإطلاق أم لا؟ وفيه وجهان.

وإن قلنا: هي كالزَّرع؛ لم تدخل في البيع وجهًا واحدًا.

وللأصحاب في المسألة طريقتان(١):

إحداهما: أنَّ حكمها حكم الشَّجر في تبعيَّة الأرض، وهي طريقة ابن عقيل وصاحب «المحرر».

والثَّانية: أنَّها تتبع وجهًا واحدًا، بخلاف الشَّجر؛ لأنَّ تبقيتها في الأرض معتادٌ، ولا يقصد نقلها وتحويلها؛ فهي كالمنبوذات، وهي طريقة أبي الخطَّاب، وصاحب «المغني».

وعلى ما قررناه أولًا يخرَّج فيها طريقة ثالثة: أنَّها لا تتبع وجهًا واحدًا؛ كالزَّرع(٢).

ومنها: إذا غصب أرضًا، فزرع فيها ما يتكرَّر حمله، فإن قيل: هو كالشَّجر؛ فللمالك قلعه مجانًا، وإن قيل: هو كالزَّرع؛ فللمالك تملُّكه بالقيمة، وفي المسألة وجهان مذكوران في «المغني».

ومنها: لو اشترى لَقَطة ظاهرة من هذه الأصول، فتلفت بجائحة قبل القطع، فإن قيل: حكمها حكم ثمر الشَّجر؛ تلفت من ضمان البائع.

وإن قيل: هي كالزَّرع؛ خُرجِّت على الوجهين في إجاحة الزُّروع.

ومنها: لو ساقى على هذه الأصول، فإن قيل: هي كالشَّجر؛

(١) في (ب): طريقان.

(٢) من قوله: (وعلى ما قررناه أولًا) إلى هنا سقط من (أ) و(د).

صحَّت المساقاة.

وإن قيل: هي(١) كالزَّرع؛ فهي مزارعة.

(١) قوله: (هي) سقط من (ب) و(د) و(و).

قاعدة [٨١]

النَّماء المتَّصل في الأعيان المملوكة العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالفسوخ؛ يتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا.

والمنصوص عن أحمد: أنَّه لا يتبع، وهو الَّذي ذكره الشِّيرازيُّ في «المبهج»، ولم يحكِ فيه خلافًا، وهو اختيار ابن عقيل، صرَّح به في كتاب الصَّداق، والشَّيخ تقيِّ الدَّين[1].

ويتبع الأصل في التَّوثقة والضَّمان على المشهور.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متَّصلة؛ كالسِّمَن وتعليم صناعة؛ فالمشهور عند الأصحاب: أنَّ الزِّيادة للبائع تبعًا لأصلها، ولا يستحقُّ المشتري عليه شيئًا.

وصرَّح ابن عقيل: بأن الزيادة للمشتري.

وكذلك قال الشِّيرازيُّ، وزاد: أنَّه يرجع على البائع بقيمة النَّماء.

وكذلك[2] ذكره الشَّيخ تقيُّ الدِّين، وأخذه من عموم كلام أحمد في رواية أبي طالب: إذا اشترى غنمًا فنمت ثمَّ استُحقَّت؛ فالنَّماء له، قال:

(١) ينظر: الاختيارات (ص ١٨٦).

(٢) في (ب): وهو كذلك. وقد سقطت من (د).

وهذا يعمُّ المتَّصل والمنفصل(١).

قلت: وقد نصَّ أحمد على الرُّجوع بقيمة النَّماء المتصل صريحًا كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور فيمن اشترى سلعة، فنمت عنده وكان بها داءٌ؛ فإن شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الدَّاء، وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء(٢).

وتأوَّلها القاضي على أنَّ النَّماء المنفصل يردُّه معها، وهو ظاهر الفساد؛ لأنَّ الضَّمير في قوله: (رجع) يعود إلى المشتري، وفي قوله: (عليه) يعود إلى البائع، وإنَّما يرجع المشتري على البائع بقيمة النَّماء المتَّصل.

ووجه الإجبار هنا على دفع القيمة: أنَّ البائع قد أُجبِر على أخذ سلعته وردِّ ثمنها؛ فكذلك نماؤها المتَّصل بها يتبعها في حكمها وإن لم يقع عليه العقد.

والمردود بالإقالة والخيار يتوجَّه فيه مثل ذلك؛ إلَّا أن يقال: الفسخ للخيار رفع للعقد من أصله، بخلاف العيب والإقالة، وقد صرَّح بذلك القاضي وابن عقيل في «خلافيهما»، وفيه بُعد.

ومنها: المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثَّمن، ووجده البائع قد نما نماء متَّصلًا؛ قال القاضي وأصحابه: يرجع به، ولا شيء للمفلس، وكذلك ابن أبي موسى ذكر الرُّجوع، وهو مأخوذ ممَّا روى الميمونِّي

---

(١) ينظر: الاختيارات (ص ١٨٦).
(٢) مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٠٦).

وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد: إذا زادت العين أو نقصت يرجع في الزِّيادة والنُّقصان، ولفظ رواية إسحاق: قيل له: فإن كان زاد أو نقص يوم اشتراه؟ قال: هو أحقُّ به زاد أو نقص[١].

وهذا يحتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه، وإن استبعد ذلك؛ فليس في استحقاق الرُّجوع[٢] ما ينافي مطالبته بقيمة الزِّيادة، كما لو كانت الزِّيادة صِبغًا في الثَّوب.

وقال الخرقي: ليس له الرجوع.

وذكر القاضي في كتاب الهبة من «خلافه»: أنَّه منصوص أحمد؛ فيكون أسوةَ الغرماء، كما لو طلَّق الزَّوج قبل الدخول وقد زاد الصَّداقُ زيادة متصلة.

وفارق[٣] الرَّدَّ بالعيب عند من سلَّمه: بأنَّ الرَّدَّ بالعيب قد رضي المشتري بردِّه بزيادته بخلاف المفلس، ولأنَّ الرَّدَّ بالعيب استند إلى سبب مقارن للعقد، والفسخ هنا استند إلى سبب حادث، وهو حكم الحاكم؛ فهو شبيه بالطَّلاق قبل الدُّخول.

وينتقض الأوَّل: بما لو اشترى عبدًا بثوب، فوجد صاحب الثَّوب به عيبًا؛ فإنَّه يرده ويأخذ العبد؛ وإن كان قد سمن.

والثَّاني: بما لو باعه عينًا بعد إفلاسه وقبل حجر الحاكم؛ فإنَّ

---

(١) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ٢٢)
(٢) في (ب): الرُّجوع استحقاق.
(٣) في (ب): فارق.

حجره إنَّما هو معتبر لثبوت الفلس وظهوره، وقد سبق نصُّ أحمد بذلك.

وأيضًا: فلو باعه بعد الحجر ولم يعلم؛ فإنَّه يرجع في أحد الوجهين.

وفرَّق الأوَّلون بين رجوع البائع ههنا وبين الصَّداق: بأنَّ الصَّداق يُمْكِن الزَّوجَ الرُّجوعُ إلى بدله تامًّا، بخلاف البائع؛ فإنَّه لا يُمْكِنه الوصول إلى حقِّه تامًّا إلَّا بالرُّجوع.

وهو ضعيف؛ لأنَّ اندفاع الضَّرر عنه بالبدل لا يُسقط حقَّه من العين لو كان ثابتًا، ثمَّ يبطل بما لو كانت الزَّوجة مفلسة، فإن حقَّه لا يثبت في العين؛ فبطل الفرق.

ويتخرَّج من رواية ابن منصور في الرد بالعيب[١]: أن يرجع البائع ههنا ويردَّ قيمة الزيادة، كما لو صبغ المفلس الثَّوب.

ومنها: ما وهبه الأب لولده إذا زاد زيادة متَّصلة؛ فهل يمنع رجوع الأب أم لا؟ على روايتين معروفتين.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور: امتناع الرُّجوع.

وعلى القول بجوازه؛ فلا شيء على الأب للزِّيادة؛ لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده؛ فهو بالرُّجوع والقبض متملِّك لها.

(١) ينظر ما تقدم (٢/ ٥٧)، وجاء في مسائل ابن منصور أيضًا (٦/ ٢٧٠٩): قلت: رجل اشترى ثوبًا فقطعه قميصًا، ثم رأى به عيبًا؟ قال: إذا رأى به عيبًا؛ فإن شاء رد القميص ورجع البائع على المشتري بقدر النقصان من القطع، وإن شاء حبسه المشتري، ورجع على البائع بقدر الذي نقص من القيمة.

ومنها: إذا أصدقها شيئًا فزاد زيادة متَّصلة، ثمَّ طلَّقها قبل الدخول؛ لم يكن له الرجوع في نصفه، وسقط حقُّه منه إلى قيمة النِّصف، ذكره الخرقيُّ، ولم يُعلم عن أحد من الأصحاب خلافه؛ حتَّى جعله القاضي في «المجرد» رواية واحدة.

وفرَّق بينه وبين بائع المفلس: بأنَّ فسخ البائع رفعٌ للعقد من أصله، والطَّلاق قاطع للنِّكاح من حينه؛ فلا يكون للزَّوج حقٌّ في الزيادة.

وهذا ممنوع؛ فإنَّ الفسخ بالفلس رفعٌ للعقد من حينه أيضًا؛ فهو كالطَّلاق.

وخرَّج صاحب «المحرر»: الرُّجوع في النِّصف بزيادته المتَّصلة من الرِّواية المحكيَّة عن أحمد بالرُّجوع في نصف الزيادة المنفصلة وأولى، وسنذكر أصل هذه الرِّواية فيما بعد، إن شاء الله تعالى[١].

ويتخرَّج وجه آخر: برجوعه في النِّصف بزيادته، وبردِّ قيمة الزِّيادة كما في الفسخ بالعيب على ما تقدَّم.

وهذا إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها، وإن لم يمكن؛ فهو شريك بقيمة النِّصف يوم الإصداق.

ومنها: إذا اشترى قصيلًا[٢] بشرط القطع، فتركه حتَّى سنبل واشتدَّ، أو ثمرًا لم يبدُ صلاحه بشرط القطع، فتركه حتَّى بدا صلاحه؛ فهل

---

(١) ينظر (٢/ ٩٣).

(٢) قال في المصباح المنير (٢/ ٥٠٦): (القصيل: وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب).

يبطل البيع بذلك أم لا؟ فيه روايتان.

أشهرهما: أنَّه يبطل، وهو اختيار الخرقيِّ، وأبي بكر، وابن أبي موسى، والقاضي، والأكثرين.

وللبطلان مأخذان:

أحدهما: أنَّ تأخيره(١) محرَّم لحقِّ الله ﷻ، فأبطل البيع؛ كتأخير القبض في الرِّبوبيَّات، ولأنَّه وسيلة إلى شراء الثَّمرة وبيعها قبل بدوِّ صلاحها، وهو محرَّم، ووسائل المحرَّم ممنوعة، وبهذا علَّل أحمد في رواية أبي طالب(٢).

والمأخذ الثَّاني: أنَّ مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التَّسليم على وجه لا يتميَّز منه؛ فبطل به البيع، كما لو تلف؛ فإنَّ تلفه في هذه الحال يبطل البيع؛ لضمانه على البائع.

فعلى المأخذ الأوَّل: لا يبطل البيع إلَّا بالتَّأخير إلى بدوِّ الصَّلاح واشتداد الحبِّ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب(٣)، وظاهر كلام الخرقيِّ، ويكون تأخيره إلى ما قبل ذلك جائزًا.

وقد نصَّ أحمد في رواية الحسن بن ثوَّاب[١] على أنَّه إذا أخَّره حتَّى

---

[١] كتب على هامش (ن): (رأيتها في النُّسخة المعتمدة مضبوطة بالقلم بتشديد الواو).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): تأخُّره.

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٥).

(٣) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٤).

تلف بعاهة قبل صلاحه: أنَّه من ضمان البائع، معلِّلًا بأنَّ هذا شيء في ملك البائع ونخله.

فلمَّا علَّل باتصاله بملك البائع؛ عُلم أنَّ البيع لم يكن منفسخًا قبل تلفه، ولا كان التَّأخير تفريطًا، ولو كان المشترَى رطبة أو ما أشبهها من النَّعناع والهندباء، أو صوفًا على ظهرٍ فتركها حتَّى طالت؛ لم ينفسخ البيع؛ لأنَّه لا نهيَ في بيع هذه الأشياء، وهذه طريقة القاضي في «المجرَّد».

وعلى المأخذ الثَّاني: يبطل البيع بمجرَّد الزِّيادة واختلاط المالين؛ إلَّا أنَّه يعفى عن الزِّيادة اليسيرة؛ كاليوم واليومين، نصَّ[(١)] على ذلك أحمد في رواية أحمد[(٢)] بن سعيد[(٣)]، ولا فرق بين الثَّمر والزَّرع وغيرهما من الرَّطبة والبقول والصُّوف، وهي طريقة أبي بكر عبد العزيز، والقاضي في «خلافه»، وصاحب «المغني».

وبمثل ذلك أجاب أبو الحسن الخرزيُّ[(٤)] فيمن اشترى خشبًا ليقطعه، فتركه حتَّى اشتدَّ وغلظ: أنَّ البيع ينفسخ، ومتى تلف بجائحة

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): ونصَّ.

(٢) في (ب): علي.

(٣) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٤).

(٤) هو أبو الحسن الخرزي البغدادي، كان له قدم في المناظرة ومعرفة الأصول والفروع، صحب جماعة من الحنابلة، وتخصص بصحبة أبي علي النجاد، وكانت له حلقة بجامع القصر، وأحد تلامذته: أبو طاهر بن الغباري. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١٦٧.

بعد التَّمكُّن من قطعه؛ فهو من ضمان المشتري.

وهو مصرَّح به في «المجرد» و«المغني»، وتكون الزَّكاة على البائع على هذا المأخذ بغير إشكال.

وأمَّا على الأوَّل؛ فيحتمل أن يكون على المشتري؛ لأنَّ ملكه إنَّما ينفسخ بعد بدوِّ الصَّلاح، وفي تلك الحال تجب الزَّكاة؛ فلا تسقط بمقارنة الفسخ على رأي من يرى جواز اقتران الحكم ومانعه كما سبق، ويحتمل أن يكون على البائع.

ولم يذكر الأصحاب فيه خلافًا؛ لأنَّ الفسخ ببدوِّ الصَّلاح استند إلى سبب سابق عليه، وهو تأخير القطع.

وقد يقال: ببدوِّ الصَّلاح يتبيَّن انفساخ العقد من حين التَّأخير.

ونقل أبو طالب عن أحمد فيما إذا[١] تركه حتَّى صار شعيرًا: إن أراد الحيلة؛ فسد البيع[٢].

فمن الأصحاب من جعل هذه رواية ثالثة بالبطلان مع قصد التَّحيُّل على شراء الزَّرع قبل اشتداده للتَّبقية؛ كابن عقيل في «التَّذكرة».

ومنهم من قال: بل متى تعمَّد الحيلة؛ فسد البيع من أصله، ولم ينعقد بغير خلاف، وإنَّما الخلاف فيما إذا لم يقصد الحيلة ثمَّ تركه حتَّى بدا صلاحه؛ كصاحب «المغني».

ومنهم من قال: قصد الحيلة إنَّما يؤثر في الإثم لا في الفساد

---

(١) قوله: (فيما إذا) سقط من (ب).

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٤).

وعدمه، وهي طريقة القاضي.

وإذا تقرَّر هذا؛ فالزِّيادة إنَّما تعلم باختلاف القيمة؛ لعدم تميُّزها في نفسها، وهي تفاوت ما بين القيمة يوم الشِّراء وبعد الزِّيادة الحادثة بعده، كذلك قال القاضي في «المجرد»، ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور كما سيأتي[(١)]، وهو متمشٍّ على المأخذ الثَّاني في الانفساخ بمجرَّد الزِّيادة بعد العقد.

وأمَّا على المأخذ الأوَّل؛ فالزِّيادة هي تفاوت ما بين القيمة قبيل[(٢)] بدوِّ الصَّلاح وبعده؛ لأنَّه لم يزل على ملك المشتري إلى وقت ظهور الصَّلاح، وبذلك جزم في «الكافي»، وحكاه في «المغني» احتمالًا عن القاضي.

وبقي الكلام في حكم الزِّيادة على الرِّوايتين.

أمَّا على رواية الانفساخ؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنَّها للبائع، وهي اختيار ابن أبي موسى والقاضي، ونقلها أبو طالب وغيره عن أحمد[(٣)]؛ لأنَّ البيع متى انفسخ؛ يعود إلى بائعه بنمائه المتصل؛ كسمن العبد ونحوه، بل ههنا أولى؛ لأنَّه نما من تبقيته على ملكه، فحقُّه فيه أقوى.

والثَّانية: يتصدقان بها مع فساد البيع، قال القاضي في «المجرد»

(١) ينظر: (٢/ ٦٧).
(٢) في (ب) و(و): قبل.
(٣) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٤).

وكتاب[(١)] «الرِّوايتين»[(٢)]: نقلها حنبل، قال: وهي محمولة عندي على الاستحباب؛ لوقوع الخلاف[(٣)] في صحَّة العقد وفساده ومستحِق النَّماء؛ فاستحبَّ الصَّدقة به.

وأنكر الشَّيخ مجد الدِّين ثبوت هذه الرِّواية، وقال: هي سهوٌ من القاضي، قال: وإنَّما ذكرها القاضي في «خلافه» مستدلًّا بها على الصِّحَّة، فأمَّا مع الفساد؛ فلا وجه لهذا القول.

وأما ابن أبي موسى؛ فقال: وعنه يتصدَّق البائع بالفضل؛ لأنَّه نماء في غير ملكه.

وهذا التَّعليل ترد عليه الزِّيادة في المردود بالعيب ونحوه، ولكنَّ[(٤)] المراد: أنَّ هذه الزِّيادة عادت إليه؛ لانفساخ العقد على وجه منهيٍّ عنه في الشرع، بخلاف الرَّدِّ بالعيب.

ثمَّ حكى رواية ثالثة: باشتراك البائع والمشتري في الزيادة.

وهذه الرِّواية ترجع[(٥)] إلى القول: بأنَّ الزِّيادة المتصلة لا تتبع[(٦)] في الفسخ، بل تبقى على ملك المشتري، وإنَّما شاركه البائع فيها لأنَّها نمت من ملكه وملك المشتري، ولولا ذلك؛ لانفرد بها المشتري[(٧)].

---

(١) قوله: (كتاب) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).
(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٤).
(٣) في (ب): الإطلاق.
(٤) في (ب) وباقي النسخ: لكنَّ.
(٥) في (أ) و(ج) و(د): يرجع.
(٦) في (أ) و(ج) و(د): يتبع.
(٧) زاد في (ب) و(و): فإن قيل: لا يلزم تخريجها على هذا الأصل.

وخصَّ ابن أبي موسى هذا الخلاف بالثِّمار، فأمَّا الزَّرع؛ فلم يذكر فيه خلافًا أنَّ الزِّيادة للبائع.

وأمَّا على رواية الصِّحَّة؛ ففي حكم الزِّيادة ثلاث روايات:

إحداهنَّ: أنَّهما يشتركان فيها، نقلها أحمد بن سعيد[1]؛ لحدوثها على ملكيهما كما سبق.

وحملها القاضي على الاستحباب، ولا يصحُّ.

وبالاشتراك أجاب أبو حفص البرمكيُّ فيمن اشترى خشبًا للقطع، فتركه حتَّى اشتدَّ وغلظ.

والثَّانية: يتصدَّقان بها، وأخذها القاضي في «خلافه» من رواية حنبل، وتلك قد صرَّح أحمد فيها[2] بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضًا في «المجرد» وكتاب «الرِّوايتين»، ثم قال: وهذا عندي على الاستحباب؛ للنهي عن ربح ما لم يضمن، وهذا لم يضمن على المشتري؛ فكره له ربحه، وكره للبائع؛ لحدوثه على ملك المشتري[3].

وكذلك مال صاحب «المغني» إلى حملها على الاستحباب؛ لأنَّ الصَّدقة بالشُّبهات تستحبُّ[4]، وهذه شبهة؛ لاشتباه الأمر في مستحِقِّها، ولحدوثها بجهة محظورة.

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٥).

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): فيها أحمد.

(٣) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٣٥).

(٤) في (ب): مستحب. وفي (ج): يستحب. وفي (د) و(هـ): مستحبَّة.

ويشبه(١) هذه الرِّواية ما نصَّ عليه أحمد في ربح مال المضاربة إذا خالف فيه المضارب: أنَّه يتصدَّق به، وفيمن آجر ما استأجره بربح: أنَّه يتصدق به؛ لدخوله في ربح ما لم يضمن.

والرِّواية الثَّالثة: أنَّ الزِّيادة كلَّها للبائع، نقلها القاضي في «خلافه» في مسألة زرع الغاصب، ونصَّ عليها أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلًا فتركه حتَّى سنبل؛ يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى، فإن كان فيه فضلٌ؛ كان للبائع صاحب الأرض، قيل له: وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلعه(٢) فطلع؟ قال: كذلك في النَّخل، فإن كان فيه زيادة؛ فهو لصاحب الأرض البائع(٣).

ووجَّهه القاضي: بأنَّ الزِّيادة من نماء ملك البائع؛ فهي كالربح في المال المغصوب، فإنَّه لصاحب المال دون الغاصب، ويُلغى تصرُّفه فيه؛ لكونه محظورًا، كذلك ههنا.

ويمكن أن يفرَّق بينه وبين تصرُّف الغاصب: بأنَّ الغاصب إنَّما له آثار عمل؛ فألغيت، وهنا للمشتري عين مال نمت؛ فكيف يسقط حقُّه من نمائها؟!

ويجاب عنه: بأنَّ المشتري إنَّما يستحقُّ بالعقد ما وقع عليه البيع(٤)

(١) في (أ): وتشبه.
(٢) في (ب): ليقطعه.
(٣) مسائل ابن منصور (٩/ ٤٦٣٥).
(٤) في (ب): العقد.

من الثمرة، وما زاد على ذلك فلا حقَّ له فيه، وهذا البيع لم يتمَّ قبضه فيه[١] ولا دخل في ضمانه؛ فلا يستحقُّ أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده.

وحمل القاضي قول أحمد ههنا: (وكذلك النَّخل إذا اشتراه ليقلعه): على أنَّه اشترى جذوعه ليقطعها.

وقال الشيخ مجد الدِّين: (يحتمل عندي أن يقال: بأنَّ زيادة الثَّمرة في صفتها للمشتري، وما طال من الجزَّة للبائع؛ لأنَّ هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جزَّ ما اشتراه؛ لأمكن وجودها، ويكون للبائع؛ فكذلك إذا لم يَجزَّ) انتهى.

واختار القاضي خلاف ذلك كلِّه، وأنَّ الزيادة كلَّها للمشتري مع صحة العقد، وللبائع مع فساده، ولم يثبت في كتاب «الرِّوايتين» في المذهب في هذا خلافًا.

وما قاله من انفراد المشتري بالثَّمرة بزيادتها مخالف لجميع نصوص أحمد، وقياسه كذلك على سِمَن العبد غير صحيح؛ لأنَّ هذه الزِّيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق إزالتها عنه، بخلاف سِمَن العبد وطوله.

ولو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع؛ لكان أقرب، كما أفتى به ابن بطَّة فيمن اشترى خشبًا للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد: أنَّه يكون بزيادته للمشتري، وعليه لصاحب

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (أ) و(و).

الأرض أجرة أرضه للمدَّة الَّتي تركها فيه، وأخذه من غرس الغاصب.

ولكن تبقية الشَّجر في الأرض له أجرة معتبرة، وكذلك الزَّرع، وأمَّا تبقية الثَّمر على رؤوس الشَّجر؛ فلا يُستحقُّ له[١] أجرةٌ بحال، ذكره القاضي في التفليس.

وحكم العرايا إذا تركت في رؤوس النخل حتى أثمرت حكم الثمر إذا ترك حتى يبدو صلاحه عند القاضي وأكثر الأصحاب.

ومنهم من لم يحك خلافًا في البطلان في العريَّة، بخلاف الثَّمر والزرع؛ كالحلوانيِّ وابنه.

ويفرَّق بينهما: بأن بيع العرايا رخصة مستثناة من المزابنة المحرَّمة، شرعت للحاجة إلى أكل الرُّطب وشرائه بالتَّمر، فإذا تُرك حتَّى صار تمرًا؛ فقد زال المعنى الَّذي شُرعت لأجله الرُّخصة، وصار بيع تمر بتمر؛ فلم[٢] يصحَّ إلَّا بيقين المساواة، والله أعلم.

وأمَّا العقود؛ فيتبع فيها النَّماء الموجود حين ثبوت الملك بالقَبول أو غيره؛ وإن لم يكن موجودًا حين الإيجاب أو ما يقوم مقامه.

فمن ذلك: الموصى به إذا نما نماء متَّصلًا بعد الموت وقبل القبول؛ فإنَّه يتبع العين إذا احتمله الثُّلث، ذكره صاحب «المغني».

وقال صاحب «المحرر»: إن قلنا: لا ينتقل الملك إلَّا من حين القبول؛ فالزِّيادة محسوبة عليه من الثُّلث، وإن قلنا: يثبت من حين

(١) قوله: (له) سقط من (ب).

(٢) في (أ) و(ج): فلا.

الموت؛ فالزِّيادة له غير محسوبة عليه من التَّرِكة؛ لأنَّها نماء ملكه[١]، والله أعلم.

ومنه: الشِّقص المشفوع إذا كان فيه شجرٌ فنما قبل الأخذ بالشُّفعة؛ فإنَّه يأخذه بنمائه بالثَّمن الَّذي وقع عليه العقد، ولا شيء عليه للزِّيادة.

وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع، فنما وقلنا: يتبع في الشُّفعة كما هو أحد الوجهين فيهما.

ولو تأبَّر الطَّلع المشمول بالبيع في يد المشتري، ثمَّ أخذه الشَّفيع؛ ففي تبعيَّته وجهان؛ لتعلُّق حقِّه بالطَّلع ونمائه.

ومنه: لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم، ثمَّ نما عند المشتري نماء متَّصلًا حتَّى زادت قيمته؛ فإنَّه يأخذه بالثَّمن الَّذي اشتراه به، ولا شيء عليه للزِّيادة، نصَّ عليه أحمد في رواية مهنى.

وأمَّا تبعيَّة النَّماء في عقود التَّوثقة(١)، فإنَّه يتبع في الرَّهن، وأموال الزكاة، والجاني، والتَّركة المتعلِّق بها حقُّ الغرماء وإن قيل بانتقال ملكها إلى الورثة؛ لأنَّ التَّعلُّق فيها إمَّا تعلُّق رهن أو جناية، والنَّماء المتَّصل تابع فيهما، صرح القاضي وابن عقيل بذلك كلِّه(٢) في كلامهما.

---

[١] كتب على هامش (ن): (الَّذي في المحرَّر: ومن قَبِل ما وصَّى له به تبينا أنَّه ملكه عقيب الموت، وقيل: هو قبل القبول للوارث، فيختصُّ بنمائه المنفصل بينهما، وقيل: هو على ملك الميِّت، فيتوفَّر بنمائه ثلثه).

---

(١) في (أ) و(ج): التَّوثق. وفي (د): الموثقة.
(٢) قوله: (كلِّه) سقط من (أ).

وأمَّا عقود الضَّمان؛ فيتبع في الغصب على ظاهر المذهب.

وحكى ابن أبي موسى فيه رواية أخرى: أنَّه لا يتبع، ولا يكون النَّماء المتَّصل الحادث في يد الغاصب مضمونًا إذا ردَّ الأصل كما قبضه، وقياسه العارية؛ لأنَّ الانتفاع حاصل به؛ فيصير حكمه حكم الأصل؛ كنماء العين المستأجرة.

ويتبع أيضًا في الصَّيد الَّذي في يد المحرم.

وفي نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان معروفان.

قاعدة [٨٢]

النَّماء(١) المنفصل تارة يكون(٢) متولِّدًا من عين الذَّات؛ كالولد والطَّلع والصُّوف واللبن والبيض.

وتارة يكون(٣) متولِّدًا من غيرها واستُحقَّ بسبب العين؛ كالمهر والأجرة والأرش.

والحقوق المتعلقة بالأعيان ثلاثة: عقود، وفسوخ، وحقوق تتعلَّق بغير عقد ولا فسخ[١].

فأمَّا العقود؛ فلها حالتان:

إحداهما: أن ترد على الأعيان بعد وجود نمائها المنفصل؛ فلا يتبعها النَّماء، وسواء كان من العين أو غيرها؛ إلَّا ما كان متولِّدًا من العين في حال اتِّصاله بها واستتاره(٤) وتغيُّبه فيها بأصل الخلقة؛ فإنَّه يدخل تبعًا؛ كالولد واللبن والبيض والطَّلع غير المؤبَّر، أو كان ملازمًا

[١] كتب على هامش (ن): (أي: تتعلَّق بالأعيان، لكن بغير عقد ولا فسخ).

(١) في (ب) و(د) و(هـ): والنَّماء.

(٢) في (أ) و(د): تكون.

(٣) في (أ): تكون.

(٤) في (أ): واستناده.

للعين لا يفارقها عادة؛ كالشعر والصوف؛ فإنها تلحق(١) بالمتَّصل في استتباع العين.

وفي «المجرد» و«الفصول» وجه في الرهن: أنه لا يدخل فيه صوف الحيوان ولبنه، ولا ورق الشجر المقصود، وهو بعيد.

وأمَّا المنفصل البائن(٢)؛ فلا يتبع بغير خلاف، إلا في التدبير؛ فإن في استتباع الأولاد فيه روايتين.

والحالة الثَّانية: أن يحدث النماء بعد ورود العقد على العين؛ فينقسم العقد إلى تمليك وغيره:

فأما عقود التمليكات المنجَّزة؛ فما ورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره؛ فإنَّه يستلزم استتباع النَّماء المنفصل من العين وغيره؛ كالبيع، والهبة، والعتق وعوضه، وعوض الخلع، والكتابة، والإجارة، والصداق، وغيرها.

وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة؛ كالوصيَّة بالرَّقبة دون المنافع، والمشتري لها من(٣) مستحِقِّها على القول بصحَّة البيع؛ فلا يتبع فيه النَّماء من غير العين.

وفي استتباع الأولاد وجهان؛ بناء على أن الولد كسب أو جزء.

---

(١) في (ب): يلحق.
(٢) في (ب): اليابس.
(٣) قوله: (من): سقط من (أ).

وما ورد منها على المنفعة المجرَّدة؛ فإن عمَّ المنافع؛ كالوقف والوصية بالمنفعة؛ تبع فيه(١) النَّماء الحادث من العين وغيرها، إلا الولد، فإن فيه وجهين مصرَّحًا بهما في الوقف، ويخرَّجان في غيره؛ بناء على أنَّه جزء أو كسب.

وفي أرش الجناية على الطَّرف بالإتلاف احتمالان مذكوران في «الترغيب»: هل هو للموقوف عليه كالفوائد(٢)، أو يشترى به شقصٌ يكون وقفًا كبدل الجملة؟

فإن كانت الجناية بغير إتلاف[١]؛ فالأرش للموقوف عليه وجهًا واحدًا.

وإن كان العقد على منفعة خاصَّة لا يتأبد(٣)؛ كالإجارة؛ فلا يتبع فيه شيء من النَّماء المنفصل بغير خلاف.

وأمَّا عقود غير التَّمليكات المنجَّزة؛ فنوعان:

أحدهما: ما يؤول إلى التَّمليك، فما كان منه لازمًا لا يستقل العاقد أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب؛ فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها.

ويندرج في ذلك صور:

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بل بتعطيل منفعته).

---

(١) في (ب): يتبع فيه. وفي (و): يتبع فيها.

(٢) قوله: (كالفوائد) سقط من (أ).

(٣) في (ج) و(د) و(هـ) و(و): تتأبد.

منها: المكاتبة؛ فتملك أكسابها، وتتبعها[(١)] أولادها بمجرَّد العقد.

ومنها: المكاتب يملك أكسابه، ويتبعه أولاده من أمته؛ كما يتبع الحرَّ ولدُه من أمته، ولا يتبعه ولده من أمة لغيره.

ومنها: الموصى بعتقه إذا كسب بعد الموت وقبل إعتاق الورثة؛ فإن كسبه له، ذكره القاضي وابن عقيل وصاحب «المحرَّر»؛ لأنَّ إعتاقه واجب لحقِّ الله تعالى، ولا يتوقَّف على قبول؛ فهو كالمعتَق، بخلاف الوصيَّة لمعيَّن.

وقال صاحب «المغني» في آخر باب العتق: كسبه للورثة؛ كأم الولد.

ولكن يمكن التَّفريق بينهما: بأنَّ أمَّ الولد مملوكة لسيِّدها، والموصى بعتقه غير مملوك للورثة؛ لأنَّ الوصيَّة تمنع انتقاله إليهم، وإذا قيل: هو على ملك الميت؛ فهو ملك تقديريٌّ لا يمنع من استحقاق الكسب.

فلو[(٢)] كانت[(٣)] أمة، فولدت قبل العتق وبعد الموت؛ تبعها[(٤)] الولد؛ كأم الولد، هذا هو الظَّاهر[(٥)].

---

(١) في (ب) و(هـ): يتبعها.

(٢) في (أ) و(هـ): ولو.

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): كان.

(٤) في (ب): يتبعها.

(٥) في (ب): ظاهر المذهب.

وقال القاضي في «تعليقه»: لا يعتق.

ومنها: المعلَّق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت؛ كمن قال لعبده: إن متُّ ثم دخلت الدار فأنت حر، أو أنت حرٌّ بعد موتي بسنةٍ، وصحَّحنا ذلك؛ فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للورثة، ذكره القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»؛ كأمِّ الولد، بخلاف الموصى بعتقه؛ لأنَّ ذاك أوجب عتقه في الحال، وهذا يتردَّد[(١)] في وجود شرط عتقه؛ فإنَّه قد يجيء الوقت المعين بعد موته وقد لا توجد الصِّفة؛ حتى ذكر في «المغني» في منع الوارث من التصرف فيه قبل الصفة احتمالين، وصرح صاحب «المستوعب» بأنَّه باقٍ على حكم ملك الميت لا ينتقل إلى الورثة كالموصى بعتقه.

وعلى هذا؛ فيتوجَّه أنَّ كسبه له، وما قيل من احتمال موته قبل الصِّفة؛ معارض باحتمال موت الموصى بعتقه قبل العتق.

وأمَّا إن كانت أمة وولدت بعد الموت؛ فهو تابع لها؛ كأمِّ الولد، صرَّح به القاضي وابن عقيل، وهو متوجِّه سواء قيل: إنَّ هذا العقد تدبير؛ كقول ابن أبي موسى والقاضي في «خلافه»، أو قيل: إنَّه تعليق؛ كقول القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل؛ فإنَّه تعليق[(٢)] لازم مستقرٌّ، لا يمكن إبطاله؛ فهو كالكتابة، وهذا يشهد لما ذكرنا من تبعية الولد في

---

(١) في (ب): متردِّد.

(٢) في (ب): تعلُّق.

الَّتي قبلها.

ومنها: الموصى بوقفه إذا نما بعد الموت وقبل إيقافه؛ أفتى[(١)] الشَّيخ تقيُّ الدين: أنَّه يصرف مصرف الوقف؛ لأنَّ نماءه[(٢)] قبل الوقف كنمائه بعده[(٣)].

ونقل يعقوب بن بختان وإبراهيم بن هانئ عن أحمد فيمن جعل مالًا في وجوه البرِّ فاتَّجر به الموصي؛ قال: إن ربح؛ جعل ربحه مع المال فيما أوصى به، وإن خسر كان ضامنًا[(٤)].

فهذا إن كان مراده إذا وصَّى بتفرقة عين المال؛ فواضح، وإن كان وصَّى أن يشتريَ منه ما ينمو أو يوقف أو يتصدَّق بنمائه؛ كان[(٥)] كما أفتى به الشَّيخ[(٦)].

ومنها: الموصى به لمعيَّن يقف على قبوله، إذا نما[(٧)] بعد الموت وقبل القبول نماء منفصلًا؛ فينبني على أنَّ الملك قبل القبول؛ هل هو

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): فأفتى.

(٢) في (ب): نماء.

(٣) ينظر: الاختيارات (ص ٢٧٤).

(٤) تنظر الرِّوايتان في الوقوف والترجل من مسائل أحمد (ص ٧٤).

(٥) زيد في (هـ): تمليكًا.

(٦) قوله: (الشَّيخ) سقط من (ب). ومن قوله: (ونقل يعقوب بن بختان) إلى هنا سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).

(٧) في (أ) و(هـ): إذ النماء.

للوارث، أو للميِّت، أو للموصى له(١)[١]؟ وفيه ثلاثة أوجه.

فإن قيل: إنَّه للوارث، فهو مختصٌّ بنمائه.

وإن قيل: هو على ملك الميِّت، فنماؤه من التَّركة.

وإن قيل: إنَّه للموصى له بمعنى: أنَّا نتبيَّن بقبوله مِلكَه بالموت، أو قيل: إنَّه لا يتوقف ملكه على قبول؛ فنماؤه كلُّه للموصى له.

ومنها: النَّذر والصَّدقة والوقف إذا لزمت في عين لم يَجُز لمن أخرجها عن ملكه أن يشتري شيئًا من نتاجها، نص عليه أحمد في الوقف والصَّدقة(٢) في رواية حنبل(٣).

ولو اشترى عبدًا فأعتقه، ثم بان به عيب فأخذ أرشه؛ فهل يملكه لنفسه، أو يجب عليه صرفه في الرقاب؟ على روايتين.

---

[١] كتب على هامش (د): (قال في الإنصاف: هو للورثة على الصحيح من المذهب، قال في مسألة الموصى بوقفه: وأفتى به الشيخ تقي الدين والشيخ عماد الدين السكري الشافعي، قال الدميري: وهو الظاهر، وأجاب بعضهم بأنه للورثة. قال صاحب الإنصاف: قلت: قد تقدم في كتاب الزكاة عند السائمة الموقوفة ما يشابه ذلك، وهو إذا أوصى بدراهم في وجوه البر ليشتري بها ما يوقف؛ فاتجر بها الوصي، فقالوا: ربحه مع أصل المال فيما وصى به، وإن خسر ضمن النقص، نقله الجماعة، وقيل: ربحه إرث. انتهى كلام صاحب الإنصاف، وجزم بذلك في الإقناع وشرحه في الزكاة).

---

(١) في (ب): به.

(٢) في (ب) (د) و(هـ) و(و): الصَّدقة والوقف.

(٣) ينظر: الوقوف والترجل (ص ٩٠).

وخص القاضي الروايتين بالعتق عن الواجب إذا كان العيب لا يمنع الإجزاء؛ إلحاقًا للأرش بالولاء[١].

ولو اشترى شاة فأوجبها أضحية، ثم أصاب بها عيبًا، فأخذ أرشه؛ اشترى به أضحية؛ فإن لم يمكن؛ تصدَّق به، ذكره القاضي.

وفرَّق بينه وبين العتق: بأنَّ القصد من العتق تكميل أحكام العبد، وقد حصل، والقصد من الأضحية إيصالُ لحمها إلى المساكين، فإذا كان فيه عيب دخل الضَّرر عليهم؛ فوجب ردُّ أرشه عليهم جبرًا لحقِّهم.

وفي «الكافي» احتمالٌ آخر: أنَّ الأرش له كما في العتق.

وأمَّا الهدي والأضاحي إذا تعيَّن، فإن قيل: إنَّ ملكه لا يزول بالتَّعيين(١) كقول القاضي والأكثرين؛ فهو من هذا النَّوع وإن جاز إبداله؛ لأنَّ إبداله نقل للحقِّ لا إسقاط له؛ كالوقف، ويتبعه نماؤه منه(٢)؛ كالولد.

فإذا ولدت الأضحية؛ ذبح معها ولدها، وهل يكون أضحية بطريق التَّبع أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: هو أضحية، قاله في «المغني»؛ فيجوز أن يأكل منه كأمِّه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كما أنَّ الولاية للمعتق؛ كذلك يكون أرش العيب له أيضًا).

---

(١) في (ب): التَّعيُّن.

(٢) قوله: (منه) سقط من (أ).

والثَّاني: ليس بأضحية، قاله ابن عقيل.

قال: وإن تصدَّق به صحيحًا؛ فهل يجزئ؟ فيه احتمالان؛ لتردُّده بين الصدقة المطلقة وبين أن يُحذى به حذو الأمِّ.

والأشبه بكلام أحمد: أنَّه أضحية؛ فإنَّه قال في رواية ابن مُشَيش: يذبحها وولدَها عن سبعة، وقال في رواية ابن منصور: يبدأ بأيِّهما شاء في الذَّبح، وأنكر قول من قال: لا يبدأ إلا بالأمِّ[(١)].

وعلى هذا؛ فهل يصير الولد تابعًا لأمه، أو مستقلًّا بنفسه حتى لو باع أمه أو عابت، وقلنا: تردُّ إلى ملكه؛ فهل يرجع ولدها معها؟ على وجهين، ذكرهما في «المغني».

ولا فرق بين أن يعين ابتداء أو عن واجب في الذِّمة على الصحيح.

وفيه وجه آخر: أن المعيَّنة عما في الذمة لا يتبعها ولدها؛ لأنَّ الواجب في الذِّمَّة واحد.

والصَّحيح الأوَّل؛ لأنَّها بالتَّعيين صارت كالمعيَّنة ابتداء.

وأمَّا اللَّبن؛ فيجوز شربه ما لم يعجفها؛ لأنَّ الأكل من لحمها جائز، فيجوز الانتفاع بغيره من منافعها، ومن دَرِّها وظهرها.

وأمَّا الصُّوف؛ فنص أحمد على كراهة جزِّه إلَّا أن يطول ويكون جزُّه نفعًا لها[(٢)]، قال الأصحاب: ويتصدَّق به.

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٧٥): (قلت: سئل سفيان عن رجل اشترى بدنة فنتجت؟ قال: إذا نحرها يبدأ بالأم ثم ولدها. قال أحمد: لا تبالي بأيهما بدأت).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٤٠٢٦): (قلت: هل تجز الضَّحِيَّة؟ قال: إذا كان ذلك ضررًا بها فذاك مكروه إلا أن يطول صوفها).

وفرَّقوا بين الصوف واللبن: بأنَّ الصوف كان موجودًا حال إيجابها؛ فورد الإيجاب عليه، واللَّبن يتجدَّد شيئًا بعد شيء؛ فهو كمنفعة ظهرها.

وقال[(١)] القاضي في «المجرد»: يستحب له[(٢)] الصَّدقة بالشَّعر، وله الانتفاع به.

وذكر ابن الزَّاغونيِّ: أنَّ اللَّبن والصوف لا يدخلان في الإيجاب، وله الانتفاع بهما إذا لم يضرَّ بالهدي.

وكذلك قال صاحب «التَّلخيص» في اللَّبن.

ولو فقأ رجل عين الهدي المعيَّن ابتداء؛ أخذ منه أرشه، وتصدَّق به أيضًا، ذكره القاضي في «خلافه»، وإن قيل: بزوال ملكه بالتعيين[(٣)] - كقول أبي الخطَّاب -؛ فهو من قسم التَّمليكات المنجَّزة؛ كالعتق والوقف، وإن جاز الانتفاع ببعض منافعه؛ كمن وقف مسجدًا؛ فإنَّه ينتفع به مع جملة المسلمين.

وأمَّا ما كان منها غير لازم، وهو ما يملك العاقد إبطاله، إمَّا بالقول، أو بمنع نفوذ الحقِّ[(٤)] المتعلِّق به[(٥)] بإزالة الملك من غير وجوب إبدال؛ فلا يتبع فيه النَّماء من غير عينه.

---

(١) في (ب): وذكر.
(٢) قوله: (له): سقط من (أ) و(و).
(٣) في (ب) و(د): بالتَّعيُّن.
(٤) قوله: (الحقِّ) سقط من (ب).
(٥) في (ب) و(هـ): به لكن.

وفي استتباع الولد خلاف، ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المدبَّرة؛ فإنَّه يتبعها ولدها على المذهب المشهور.

وعنه رواية أخرى: لا يتبعها.

وزعم أبو الخطَّاب في «انتصاره»: أنَّ هذا الخلاف منزَّل على أنَّ التَّدبير هل هو لازم أم لا؟ فإن قيل بلزومه؛ تبع الولد، وإلَّا لم يتبع، وأبى أكثر الأصحاب ذلك.

وعلى القول بالتَّبعيَّة، قال الأكثرون: يكون مدبَّرًا بنفسه لا بطريق التَّبع، بخلاف ولد المكاتبة.

وقد نصَّ أحمد في رواية ابن منصور على أنَّ الأمَّ لو عَتَقت في حياة السَّيِّد؛ لم يَعتِق الولد حتَّى يموت[1].

وعلى هذا لو رجع في تدبير الأمِّ، وقلنا: له ذلك؛ بقي الولد مدبَّرًا، هذا قول القاضي وابن عقيل.

وقال أبو بكر في «التنبيه»: بل هو تابع محض لها؛ إن عَتَقت عَتَق، وإن رَقَّت رَقَّ، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضًا.

ومنها: المعلَّق عتقها بصفة؛ إذا حملت وولدت بين التَّعليق ووجود الصِّفة؛ ففي عتقه معها وجهان معروفان، ولو لم توجد الصِّفة في الأمِّ؛ لم يعتق ولو وجدت فيه الصِّفة؛ لأنَّه تابع محض.

ومنها: الموصى بعتقها أو وقفها إذا ولدت قبل موت الموصي؛ لم يتبعها، ذكره القاضي في الموصى بعتقها، وقياسه الأخرى.

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٤٧٢).

ويحتمل أن يتبع في الوصيَّة بالوقف[١]؛ بناءً على أنَّ المغلَّب فيه شوب التَّحرير دون التَّمليك.

ومنها: المعلَّق وقفها بالموت؛ إن قلنا: هو لازم - وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميمونيِّ(١) -؛ صارت كالمستولدة؛ فينبغي أن يتبعها ولدها.

وإن قلنا: ليس بلازم - وكلام أحمد في آخر رواية الميموني يشعر به، حيث قال: إن كان يتأول، ويشبِّهه بالمدبَّر؛ يعني: أنَّه يتبعه -؛ فهل يتبعها الولد كالمدبَّرة، أو لا يتبع؛ لأنَّ الوقف يغلب فيه شائبة التَّمليك؛ فهو كالموصى به؟ يحتمل وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعلَّه بالعتق؛ لأنَّ الوصيَّة بالوقف ليس فيها شوب تحرير، فليتأمَّل).

---

(١) قال في الإنصاف (١٦/ ٣٩٩): (قال الميموني في كتابه: سألته عن الرجل يوقف على أهل بيته، أو على المساكين بعده، فاحتاج إليها، أيبيع على قصة المدبر؟ فابتدأني أبو عبد الله بالكراهة لذلك، فقال: الوقوف إنما كانت من أصحاب النبي ﷺ على أن لا يبيعوا ولا يهبوا. قلت: فمن شبهه وتأول المدبر عليه، والمدبر قد يأتي عليه وقت يكون فيه حرًّا، والموقوف إنما هو شيء وقفه بعده، وهو ملك الساعة؟ قال لي: إذا كان يتأول. قال الميموني: وإنما ناظرته بهذا؛ لأنه قال في المدبر: ليس لأحد فيه شيء، وهو ملك الساعة، وهذا شيء قد وقفه على قوم مساكين، فكيف يحدث به شيئًا؟ فقلت: هكذا الوقوف، ليس لأحد فيها شيء، الساعة هو ملك، وإنما استحق بعد الوفاة، كما أن المدبر الساعة ليس بحر، ثم يأتي عليه وقت يكون فيه حرًّا. انتهى).

النَّوع الثَّاني: عقود موضوعة لغير تمليك العين؛ فلا يملك بها النَّماء بغير إشكال؛ إذ الأصل لا يملك؛ فالفرع أولى[١].

ولكن هل يكون النَّماء تابعًا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونًا، أو غير مضمون؟

فإن كان العقد واردًا على العين وهو لازم؛ فحكم النَّماء حكم الأصل.

وإن كان غير لازم، أو لازمًا لكنَّه معقود على المنفعة من غير تأبيد، أو على ما في الذِّمَّة؛ فلا يكون النَّماء داخلًا في العقد، وهل يكون تابعًا للأصل في الضمان وعدمه؟ فيه وجهان:

أحدهما[٢]: أنَّه تابع له فيهما.

والثَّاني: إن شارك الأصل في المعنى الَّذي أوجب الضَّمان أو الائتمان؛ تبعه، وإلَّا فلا.

ويندرج تحت ذلك صور عديدة:

منها: المرهون؛ فنماؤه المنفصل كلُّه رهن معه، سواء كان متولِّدًا من عينه كالثَّمرة والولد، أو من كسبه كالأجرة، أو بدلًا عنه كالأرش، وهو داخل معه في عقد الرَّهن؛ فيملك الوكيل في بيع الرَّهن بيعه معه؛ وإن كان حادثًا بعد العقد والتَّوكيل.

---

[١] كتب على هامش (ن): (الأولويَّة قد تُمنع، فلو قيل: فكذلك الفرع؛ كان أحسن).

[٢] أشار في هامش (ن) إلى نسخة: أصحُّهما.

ومنها: الأجير؛ كالرَّاعي ونحوه؛ فيكون النَّماء في يده أمانة كأصله، ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعيَّنة في عقد الرَّعي؛ لأنَّها غير داخلة فيه، بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معيَّنة؛ فإنَّ عليه رعي سخالها؛ لأنَّ عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق، ذكره القاضي في «المجرد».

ومنها: المستأجر يكون النَّماء في يده أمانة كأصله، وليس له الانتفاع به؛ لأنَّه غير داخل في العقد.

وهل له إمساكه بغير استئذان مالكه تبعًا لأصله؛ جعلًا للإذن(١) في إمساك أصله إذنًا في إمساك نمائه، أم لا؛ كمن أطارت الرِّيح إلى داره ثوب غيره؟ خرَّجه القاضي وابن عقيل على وجهين.

ومنها: الوديعة؛ هل يكون نماؤها وديعة، أو أمانة محضة؛ كالثَّوب المطار إلى داره؟ على وجهين أيضًا.

ومنها: العارية لا يَرِدُ عقد الإعارة على ولدها؛ فليس للمستعير الانتفاع به، وهل هو مضمون كأصله أم لا؟ على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرَّهن(٢):

أحدهما: هو مضمون؛ لأنَّه تابع لأصله.

والثَّاني: ليس بمضمون؛ لأنَّ أصله إنَّما ضمن لإمساكه للانتفاع به،

---

(١) في (ب): الإذن.

(٢) قوله: (في باب الرهن) سقط من (ب). وهو في (ج) و(و): في الرهن.

والنَّماء مُمْسَكٌ(١) لحفظه على المالك(٢)، فيكون أمانة، وقالا في باب الغصب: إنَّ ولد العارية مضمون وجهًا واحدًا.

ومنها: المقبوضة على السَّوم إذا ولدت في يد القابض، قال القاضي وابن عقيل: حكمه حكم أصله، إن قلنا: هو مضمون؛ فالولد مضمون، وإلَّا فلا.

ويمكن أن يخرَّج فيه وجه آخر: أنَّه ليس بمضمون، كولد العارية؛ لأنَّ أمَّه إنَّما ضمنت لقبضها بسبب الضمان والتَّملك[١]، والولد لم يحصل قبضه على هذا الوجه؛ فهو كالثَّوب المطار بالرِّيح إلى ملكه.

ومنها: المقبوض بعقد فاسد، وفي ضمان زيادته وجهان.

ووجَّه القاضي سقوط الضمان: بأنَّه إنَّما دخل على ضمان العين دون نمائها.

وهو منتقض بتضمينه الأجرة.

ومنها: الشَّاهدة، والضامنة، والكفيلة، لا يتعلَّق بأولادهن شيء من هذه الأحكام؛ لأنَّ هذه حقوق متعلقة بالذِّمَّة لا بالعين؛ فهي كسائر عقود المداينات، ذكره القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل.

واختار القاضي في «خلافه»: أنَّ ولد الضَّامنة يتبعها ويباع معها

---

[١] كتب على هامش (ن): (لازم ذلك قبض حملها معها للضَّمان والتَّملُّك أيضًا، فهما في ذلك سواء؛ إذا لا يمكن شراؤها دون حملها).

---

(١) في (ب) و(هـ) و(و): ممسوك.

(٢) في (أ): المال.

كولد المرهونة؛ بناء على أنَّ دين المأذون له يتعلق برقبته.

وضعَّفه ابن عقيل في «نظريَّاته»؛ لأنَّ التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجناية؛ فلا يسري.

ومنها: من حلف لا يأكل ممَّا اشتراه فلان، فأكل من لبنه أو بيضه؛ لم يحنث؛ لأنَّ العقد لم يتعلق به، ذكره(١) القاضي في «خلافه»؛ فإن اليمين ليست لازمةً، بل يخيَّر الحالف بين التزامها(٢) وبين الحنث فيها ويكفِّرها.

وهذا بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذه الشَّاة؛ فإنَّه يحنث بأكل لبنها؛ لأنه لا يؤكل منها في الحياة عادة إلَّا اللَّبن.

فأمَّا نتاجها؛ ففيه نظر[١].

فصل

هذا حكم النَّماء في العقود، فأمَّا(٣) في الفسوخ؛ فلا يتبع فيها النَّماء الحاصل من الكسب بغير خلاف.

وأمَّا المتولِّد من العين؛ ففي تبعيَّته فيها روايتان في الجملة، يرجعان

[١] كتب على هامش (ن): (لعلَّه نسي الكلام على أنَّه هل هو جزء أو كسب؟).

(١) في (ب): وذكره.
(٢) في (ب): إلزامها.
(٣) في (ب) وباقي النسخ: وأمَّا.

إلى أنَّ الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله، أو من حينه؟ والأصحُّ عدم الاستتباع.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: إذا عجَّل الزكاة، ثم هلك المال، وقلنا له: الرجوع بها؛ فإنَّه يرجع بها[1].

وهل يرجع بزيادتها المنفصلة؟ على وجهين:

أظهرهما: لا يرجع.

والثَّاني: يرجع، واختاره القاضي في «خلافه».

ومنها: المبيع في مدَّة الخيار إذا نما نماء منفصلًا، ثمَّ فسخ البيع؛ هل يرجع به البائع أم لا؟ خرَّجه طائفة من الأصحاب - كصاحبَي «التَّلخيص» و«المستوعب» - على وجهين؛ كالفسخ بالعيب.

وقد ذكر القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «عُمَده»: أنَّ الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله؛ لأنَّه لم يرض فيه بلزوم البيع، بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه.

فعلى هذا: يرجع بالنَّماء المنفصل في الخيار، بخلاف العيب.

ومنها: الإقالة؛ إذا قلنا: هي فسخ؛ فالنَّماء للمشتري، ذكره القاضي في «خلافه».

ويتخرَّج فيه وجه آخر: أنَّه يردُّه مع أصله، وحكاه أبو البركات في «تعليقه» عن القاضي في «خلافه» أيضًا.

---

(١) قوله: (بها) سقط من (ب).

ومنها: الرَّدُّ بالعيب، وفي ردِّ النَّماء فيه روايتان:

أشهرهما: أنَّه لا يرده؛ كالكسب.

ونقل ابن منصور عن أحمد كلامًا يدلُّ على أنَّ اللَّبن وحده يردُّ عوضه؛ لحديث المصرَّاة(١).

ونقل عنه ابن منصور أيضًا أنَّه ذَكر له قول سفيان في رجل باع ماشية أو شاة فولدت، أو نخيلًا لها ثمرة، فوجد بها عيبًا أو استُحِقَّ[١]: أُخذ منه قيمة الثَّمرة وقيمة الولد إن كان أحدث فيهم شيئًا، أو كان باع أو استهلك، فإن كان مات أو ذهبت به الرِّيح؛ فليس عليه شيء، قال أحمد: كما قال(٢).

وهذا يدلُّ على أن النماء المنفصل يُرَدُّ مع وجوده، ويُرد عوضه مع تلفه إن كان تلف بفعل المشتري، وإن كان تلف بفعل الله تعالى؛ لم يضمن؛ لأنَّ المشتري لم يدخل على ضمانه؛ فيكون كالأمانة عنده.

وأمَّا إذا انتفع به؛ فإنَّه يستقرُّ الضمان عليه، فيردُّ عوضه كما دلَّ عليه حديث المصرَّاة، وكما نقول في(٣) المتَّهب من الغاصب: أنَّه إذا انتفع بالموهوب فأتلفه؛ استقرَّ الضمان عليه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: وفَسَخ المشتري للعيب، أو أُخِذت العين المبيعة منه للاستحقاق).

---

(١) مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٧٢). وتقدم تخريج حديث المصراة (١/ ٤٤٦).

(٢) مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٥١).

(٣) قوله: (في) سقطت من (ب).

وحمل القاضي هذه الرِّواية على أنَّ[١] البائع كان قد دلَّس العيب، وأنَّ النَّماء كان موجودًا حال العقد.

ولكنَّ المنصوص عن أحمد في المدلَّس: أنَّه يرجع بالثمن وإن تلف المبيع؛ إلَّا أن نصه في صورة الإباق[٢]، وهو تلف بغير فعل المشتري.

وأطلق الأكثرون ذلك من غير تفصيل بين أن يتلف بفعله أو بفعل غيره؛ لأنَّه سلَّطه على إتلافه بتغريره؛ فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المغرور في النِّكاح بالمهر.

وحكى طائفة من المتأخرين رواية أخرى: أنَّه لا يرجع مع التلف، بل يأخذ الأرش، ورجَّحه أبو الخطاب في «انتصاره» وصاحب «المغني».

وهذا التَّفصيل - بين أن يكون التَّلف بانتفاعه أو بفعل الله تعالى، كما حمل عليه القاضي[٣] رواية ابن منصور -؛ أصحُّ، وهو ظاهر كلام أبي بكر، وبذلك أجاب عن حديث المصراة.

وكذلك أجاب القاضي في «خلافه».

ويمكن أن يقال مثل ذلك في النَّماء الحادث إذا رُدَّ بعيب - على

(١) قوله: (أنَّ) سقط من (ب).

(٢) قال في المغني (٤/ ١١٥): قال أحمد في رجل اشترى عبدًا، فأبق من يده، وأقام البينة أن إباقه كان موجودًا في يد البائع: يرجع به على البائع بجميع الثمن الذي أخذه منه؛ لأنه غر المشتري، ويتبع البائع عبده حيث كان.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): القاضي عليه.

القول بردِّه - كما حملنا عليه رواية ابن منصور أوَّلًا، والله أعلم.

ومنها: فسخ البائع لإفلاس المشتري بالثَّمن؛ هل يتبعه النماء المنفصل؟ فيه روايتان:

إحداهما: يتبع، وهي المرجَّحة عند القاضي في «الخلاف» وابن عقيل، ونص أحمد في رواية حنبل فيمن اشترى جارية أو دابَّة فولدت، ثمَّ أفلس المشتري؛ رجعت إلى الأوَّل(١)؛ لأنَّها مال البائع وقد استحقَّها وولدها.

وهكذا ذكر(٢) أبو بكر في «التنبيه».

وذكر القاضي في «خلافه» لفظ هذه الرواية: أنَّ أحمد ذكر له قول مالك فيمن اشترى جارية أو دابَّة فولدت، ثمَّ أفلس المشتري: أنَّ الجارية والدَّابَّة وولدها للبائع؛ إلَّا أن يرغب الغرماء في ذلك، فيعطوه حقَّه كاملًا، ويمسكون ذلك؛ فقال أحمد: يرجع إلى الأوَّل؛ لأنَّها ماله.

وهذا لا يدلُّ على غير الرُّجوع في الجارية أو الدَّابة(٣)، وإنَّما القائل بالرجوع في الولد مالك، وليس في كلام أحمد موافقة له[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (يعني: الإمام مالك بن أنس، إمام دار الهجرة).

---

(١) ينظر الروايتين والوجهين (١/ ٣٧٣).
(٢) في (ب) وبقية النسخ: ذكره.
(٣) قوله: (أو الدَّابة): سقط من (أ) و(و).

وأبو بكر كثيرًا ما ينقل كلام أحمد بالمعنى الذي يفهمه منه؛ فيقع فيه تغيير شديد.

ووقع له مثل هذا في كتاب «زاد المسافر» كثيرًا، مع أنَّ ابن أبي موسى وغيره تأوَّلوا الرُّجوع بالولد على أنَّه كان موجودًا في عقد البيع حملًا.

واختار هو وابن حامد[١]: أنَّها للمفلس؛ لأنَّها نمت في ملكه، وهو ظاهر كلام الخرقيِّ، وكذلك صحَّحه القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول».

ومنها: اللُّقَطَةُ، إذا جاء مالكها وقد نمت نماء منفصلًا؛ فهل يسترده معها؟ على وجهين، خرَّجهما القاضي وابن عقيل من مسألة المفلس.

وفرَّق بينهما صاحب «المغني».

ويحتمل أن يرجع هنا بالزِّيادة المنفصلة وجهًا واحدًا؛ لأنَّ تملُّكها إنما كان مستندًا إلى فقد ربِّها في الظَّاهر، وقد تبيَّن خلافه؛ فانفسخ الملك من أصله؛ لظهور الخطأ في مستنده، ووجب الرجوع بما وجده منها قائمًا.

وهذا هو الَّذي ذكره ابن أبي موسى، وذكر له أصلًا من كلام أحمد في طيرة فرَّخت عند قوم: أنَّهم يردُّون فراخها.

ومنها: رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا كان قد نما نماء منفصلًا؛ هل يستردُّه معه أم لا؟ فيه[٢] وجهان.

---

(١) زاد في (أ): (وابن عقيل) وتقدم أن ابن عقيل اختار أن النماء للبائع.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: وفيه.

ومنها: إذا وهب المريض جميع ماله في مرضه، فنما[١] نماء منفصلًا، ومات ولم يُجِز الورثة؛ فذكر القاضي في «خلافه»: أنَّ الموهوب له مَلَكه بالقبض، وجاز له التَّصرُّف فيه إجماعًا، وإنَّما يثبت للورثة حقُّ الفسخ فيما زاد على الثَّلث، وإذا أجازوا؛ سقط حقُّهم من الفسخ.

فعلى هذا يتخرَّج في استرجاع النَّماء وجهان:

أظهرهما: أنَّ النَّماء للمتَّهب إلى حين الفسخ؛ نبَّه على ذلك الشيخ مجد الدين.

والمعروف في المذهب: أنَّ الهبة تقع مراعاة؛ فلا يتبيَّن ملكها إلَّا حين خروجها من الثُّلث عند الموت، وإن خرج بعضها فله منها مقدار الثُّلث، ويتبعه نماؤه، والزَّائد مبني على الخلاف في الإجازة؛ هل هي تنفيذ أو عطيَّة مبتدأة.

ومنها: إذا عاد الصداق إلى الزَّوج، أو نصفه قبل الدخول، بطلاق أو فسخ، وقد نما عند الزوجة نماء منفصلًا؛ فهل يرجع بنمائه أو نصفه؟

المذهب: أنَّه لا يرجع به، ونصَّ عليه أحمد في رواية أبي داود وصالح[٢].

ونقل عنه ابن منصور أنه ذَكر له قول سفيان في رجل تزوَّج امرأة

(١) في (أ): ونما.

(٢) ينظر: مسائل أبي داود (ص ٢٣١)، ولم نقف على نص رواية صالح.

على خادمة، ثمَّ زوجها غلامه فولدت أولادًا، فطلَّق امرأته قبل أن يدخل بها؛ فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها، قال أحمد: جيِّد[١].

واختلف أصحابنا في معنى هذه الرِّواية على طريقين:

أحدهما - وهو مسلك القاضي -: أنَّها[٢] تدلُّ على أن الزوجة إنما ملكت بالعقد نصف الصَّداق؛ فيكون لها نصف نمائه، وجعل قوله: (وقيمة ولدها) مجرورًا بالعطف على قوله: (نصف قيمتها)؛ أي: ونصف قيمة ولدها.

قال: وذِكْر القيمة ههنا محمولٌ على التَّراضي عليها، أو على أنَّ المراد نصف الأم ونصف الولد، ولم يُرِد القيمة.

وهذا المسلك ضعيف جدًّا، وفي تمام النص ما يبطله، وهو قول أحمد: (فإن أعتقها قبل أن يدخل بها؛ لا يجوز عتقه؛ لأنَّه حين تزوَّجها وجبت لها الجارية).

وهذا تصريح بأنَّها ملكت الأمة كلَّها بالعقد؛ إذ لولا ذلك لعتق نصفها بالملك، وسرى العتق إلى الباقي مع اليسار.

وكذلك سلك أبو بكر في «زاد المسافر» وابن أبي موسى في تخريج هذا النَّصِّ؛ بناء على أنَّ المرأة لا[٣] تملك بالعقد إلَّا النصف.

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٨٣٤).
(٢) في (ب): إنَّما. وفي (د) و(هـ): أنَّه.
(٣) في (ب) وبقية النسخ: لم.

ثمَّ خرَّج أبو بكر قولًا آخر[(١)] لأحمد في هذه المسألة على قوله: (تملك الصَّداق كلَّه بالعقد): أنَّ الأولاد والنَّماء لها، ويرجع بنصف قيمة الأمِّ دون الأولاد؛ يعني: الزَّوج، قال[(٢)]: وبه أقول.

وهذا[(٣)] اختيار صاحب «المغني» أيضًا؛ فرارًا من التفريق بين الأمِّ وولدها في بعض الزمان.

وأمَّا ابن أبي موسى؛ فإنه خرج وجهًا على القول بملك الصَّداق كله بالعقد: أن الولد للمرأة؛ لحدوثه في ملكها، ولها نصف قيمة الأمِّ. فجعل للزَّوجة القيمة كما في نصِّ أحمد.

وهذا الوجه ضعيف جدًّا[(٤)]؛ حيث تضَّمن التفريق بين الأم[(٥)] وولدها بغير العتق، ومنع الزَّوجة من أخذ نصف الأمة، وهو أقرب إلى عدم التَّفريق من أخذ نصف القيمة.

وعند القاضي: إذا قيل: إنَّ الولد كلَّه لها؛ فللزوج نصف قيمة الأمة[(٦)]، صرَّح به في «المجرد».

وقال في «الخلاف»: يرجع بنصف الأمة[(٧)].

---

(١) قوله: (آخر) سقط من (ب).
(٢) قوله: (قال) سقط من (ب).
(٣) في (ب): وهو.
(٤) قال في الإنصاف (٢١/ ١٧٦): (وهو كما قال).
(٥) في (ب) و(ج) و(د): الأمة.
(٦) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): الأم.
(٧) في (ب): الأمِّ.

والطَّريق الثاني في[١] **معنى الرِّواية**: أنها تدل على أن النَّماء المنفصل يرجع به الزَّوج بالفرقة؛ تبعًا للأصل.

وهذا مسلك جماعة منهم صاحب «المحرر»، ولكنَّه[٢] استشكل إيجاب القيمة دون العين، وقال: لا أدري هل هو لنقص الولادة أو لغير ذلك؟! فإنَّ أحمد جعل للمرأة نصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد[٣]؛ لأجل حقِّ الزوج في ملك نصف الأمة وولدها، وليس ذلك بأولى من العكس.

وقد يجاب عن ذلك: بأنَّ الطَّلاق يُرجع به نصف الأمة إلى الزَّوج؛ قهرًا كالميراث؛ لأنَّه باق بعينه، لا سيَّما والأملاك القهريَّة يملك بها ما لا يملك بالعقود الاختياريَّة، فلا يجبر الزَّوج بعد ذلك على أخذ قيمته، بل يتعيَّن تكميل الملك له في الأمِّ والولد؛ حذرًا من التفريق المحرم.

ويشبه هذا ما قاله الخرقيُّ فيما إذا كان الصداق أرضًا فبنت فيه، ثمَّ طلقها قبل الدخول: أن الزوج يرجع بنصف الأرض، ويتملَّك عليها البناء الذي فيه بالقيمة.

لكن أحمد في تمام هذا النص بعينه من[٤] رواية ابن منصور ذكر مسألة البناء وصَبغ الثَّوب، وقال: للزوج نصف القيمة؛ لأنَّه استهلاك[٥].

---

(١) قوله: (في) سقط من (ب).
(٢) في (ب): لكنَّه.
(٣) زاد في (و): بكمالها.
(٤) قوله: (من) سقط من (ب).
(٥) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٨٣٤).

ففرَّق بين أن تكون المرأة وصلت الصَّداق بمالها على وجه لا ينفصل عنه إلَّا بضرر عليها، وبين أن يكون باقيًا بعينه.

ففي الأوَّل يتعيَّن للزوج نصف القيمة؛ لاختلاط المالين، وفي الثَّاني يرجع بنصف العين؛ لبقائها بحالها، وإنَّما جاز[١] الإجبار على تكميل الملك؛ للمانع الشَّرعيِّ من التَّفريق.

ويحتمل عندي في معنى رواية ابن منصور طريقٌ ثالث، وهو أن يكون أراد أحمد أنَّ للزوجة نصف قيمة الأمة، ولها قيمة ولدها كاملة؛ لأن الولد نماء تختصُّ به الزوجة، وقد عاد إلى الزوج نصف الأم؛ فتجبر الزَّوجة على أخذ نصف قيمة الأم وقيمة الولد بكمالها؛ حذرًا من التفريق، ولعل هذا أظهر مما قبله[٢]، والله أعلم.

ومنها: من وجد عين ماله الَّذي استولى عليه الكفار في المغنم قبل القسمة وقد نما نماء منفصلًا، فإن قلنا: لم تملكه الكفَّار بالاستيلاء؛ فهو له بنمائه[٣].

وإن قلنا: ملكوه؛ فإنَّه يرجع فيه.

وهل يرجع بنمائه؟ يتخرَّج على وجهين؛ كبائع المفلس؛ لأنَّ حقوق الغانمين متعلِّقة بالنماء كتعلق حقوق غرماء المفلس بأمواله.

وذكر القاضي في «المجرد»: أنَّها إذا كانت أمة فوطئها الحربيُّ

(١) في (ب) و(د) و(و) و(هـ) و(ن): جاء.
(٢) قوله: (ممَّا قبله) سقط من (أ) و(د) و(ج) و(و).
(٣) في (ب): بتمامه.

وولدت منه: أنَّ الولد غنيمة لا يرجع به المالك؛ لأنَّه حدث في ملك الحربيِّ الواطئ، فانعقد حرًّا.

لكن هذا قد يختصُّ باستيلاد المالك لها، فإن ولده ينعقد حرًّا، وإنَّما يطرأ عليه الرِّق بعد ذلك؛ فلا يكون من نمائها، بخلاف ما لو زوَّجها فولدت من الزوج؛ فإنه يكون من نمائها لانعقاده رقيقًا.

وقد سئل أحمد عن عبد المسلم إذا لحق بدار الحرب، ثم رجع ومعه من أموالهم؛ فتوقَّف في مستحِقِّ المال الذي معه، وقال مرَّة: هو للمسلمين، وأنكر أن يكون للسيد، وعلَّل بأن العبد ليس له غنيمة(١)[١].

قال الخلَّال: هذا هو المذهب؛ لأنَّ العبد لا غنيمة له.

وحمله القاضي على أنَّ ما يأخذه الواحد من دار الحرب يكون فيئًا، قال: فأما(٢) إن قلنا: هو لآخذه؛ فهو هنا للسَّيِّد.

فصل

وأمَّا الحقوق المتعلِّقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ، فإن كانت ملكًا قهريًّا؛ فحكمه حكم سائر التَّملُّكات(٣).

---

[١] كتب على هامش (ن): (قد يقال: هذا من كسب العبد للمباحات، وليس بغنيمة).

---

(١) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ٢٥).
(٢) في (ب): وأمَّا.
(٣) في (ب): التَّمليكات.

وإن لم يكن ملكًا، فإن كانت حقًّا لازمًا لا يمكن إبطاله بوجه؛ كحقِّ[(١)] الاستيلاد؛ سرى حكمه إلى الأولاد دون الأكساب؛ لبقاء ملك مالكه عليه.

وإن كان غير لازم، بل يمكن إبطاله؛ إمَّا باختيار المالك، أو برضى المستحقِّ؛ لم يتبع النَّماء فيه الأصل بحال.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: الأمة الجانية لا تتعلق الجناية بأولادها ولا أكسابها؛ لأنَّ حقَّ الجناية ليس بالقويِّ، ولهذا لم يمنع التَّصرف عندنا، ولأنَّ حقَّ الجناية تعلق بالجانية؛ لصدور الجناية منها، وهذا مفقود في ولدها، وكسبها ملك للسَّيِّد، بخلاف المكاتبة.

ومنها: تركة من عليه دين إذا تعلَّق بها حقُّ الغرماء بموته.

فإن قيل: هي باقية على حكم ملك الميِّت؛ تعلَّق حقُّ الغرماء بالنماء أيضًا[(٢)] كالمرهون، كذا ذكره القاضي وابن عقيل في كتاب القسمة.

وينبغي[(٣)] أن يقال: إن قلنا: إنّ تعلُّق الدَّين بالتَّركة تعلُّق رهنٍ يمنع التَّصرُّف؛ فالأمر كذلك، وإن قلنا: تعلُّق جناية لا يمنع التَّصرُّف؛ فلا يتعلَّق بالنماء.

---

(١) في (ب): لحقِّ.
(٢) قوله: (أيضًا) سقط من (ب).
(٣) في (ب): ينبغي.

وأمَّا إن قلنا: تنتقل التَّركة إلى الورثة بمجرد الموت؛ لم يتعلَّق حقوق الغرماء بالنَّماء؛ إذ هو تعلُّقٌ[١] قهريٌّ؛ كالجناية، كذا ذكره(١) القاضي وابن عقيل.

وخرَّج الآمدي وصاحب «المغني» تعلُّق الحقِّ بالنماء مع الانتقال أيضًا كتعلق الرهن.

ويقوى هذا على قولنا: إنَّ التَّعلق(٢) تعلق رهن.

وقد ينبني ذلك على أصل آخر، وهو أنَّ الدَّين هل هو باق في ذمة الميت، أو انتقل إلى ذمم الورثة، أو هو متعلِّق بأعيان التَّركة لا غير؟ وفيه ثلاثة أوجه:

الأوَّل(٣): قول الآمديِّ، وابن عقيل في «الفنون»، وصاحب «المغني»، وهو ظاهر كلام الأصحاب في مسألة ضمان دين الميت.

والثَّاني: قول القاضي في «خلافه»، وأبي الخطاب في «انتصاره»، وابن عقيل في موضع آخر.

وكذلك قال القاضي في «المجرد»، ولكنَّه خصَّه بحالة تأجيل الدَّين؛ لمطالبة الورثة بالتَّوثقة.

والثَّالث: قول ابن أبي موسى؛ فيتوجَّه على قوله ألَّا تتعلق الحقوق

[١] كتب في هامش: (هـ): تملُّك.

(١) في (ب): ذكر.
(٢) في (ب): المعلَّق.
(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): والأوَّل.

بالنَّماء؛ إذ هو كتعلُّق الجناية.

وعلى الأوَّلين: يتوجَّه تعلُّقها بالنَّماء كالرهن.

وقد يقال: لا تتعلَّق حقوق الغرماء بالنماء إذا قلنا: تنتقل التَّركة إلى الورثة بكلِّ حال؛ إلَّا أن يقول: إنَّ الدين في ذممهم؛ لأنَّ تبعيَّة النَّماء في الرهن إنما يحكم به إذا كان النماء ملكًا لمن عليه الحقُّ، فأما إن كان ملكًا لغيره؛ لم يتبع، كما لو رهن المكاتب سيِّده؛ فإنَّ كسبه لا يكون داخلًا في الرهن؛ لأنه على ملك المكاتب.

وكذا ينبغي أن يقال فيمن استعار شيئًا ليرهنه؛ فرهنه: إنَّ نماءه لا يدخل في الرَّهن لذلك.

وقد يقال: التَّركة تعلَّق الحقُّ بها تعلُّقًا قهريًّا مع انتقال ملكها إلى الورثة؛ فكذلك نماؤها.

ويجاب عنه: بأنَّ التَّعلُّق حالة الانتقال إنَّما يثبت لضعف المانع منه(١)؛ حيث اقترن التَّعلقُ ومانعه وهو الانتقال، فأمَّا بعد الانتقال واستقرار الملك؛ فلا تعلُّق(٢)؛ لسبق المانع واستقراره، والله أعلم.

وأمَّا تعلُّق الضمان بالأعيان للتَّعدي؛ فيتبع فيه النَّماء المنفصل إذا كان داخلًا تحت اليد العدوانيَّة.

فمن ذلك: الغصب، يضمن فيه النَّماء المنفصل على المذهب، ولم يحك ابن أبي موسى في ضمانه خلافًا، مع حكايته الخلاف في المتَّصل.

---

(١) في (ب): فيه.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): يتعلَّق.

ولا يظهر الفرق بينهما؛ فالتَّخريج متوجِّه.

بل قد يقال: ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور الَّتي سقناها في الرَّدِّ بالعيب يدلُّ على عدم الضَّمان، حيث سوَّى بين ظهور العيب والاستحقاق.

ومنه: الأمانات إذا تعدَّى فيها ثمَّ نمت؛ فإنَّه يتبعها في الضَّمان.

ومنه: صيد الحرم والإحرام؛ يُضمن نماؤه المنفصل إذا دخل تحت اليد الحسيَّة، وإن[1] لم يدخل تحت اليد، لكنَّه هلك بسبب إمساك الأمِّ؛ ففيه خلاف مشهور.

تنبيه:

اضطرب كلام الأصحاب في الطَّلع والحمل؛ هل هما زيادة متصلة أو منفصلة؟

أمَّا الطَّلع؛ فللأصحاب فيه طرق:

أحدها: أنَّه زيادة متَّصلة، سواء أُبِّر أو لم يؤبَّر، وبه جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الصَّداق، وأنَّ الزَّوج يجبر على قبوله إذا بذلته الزَّوجة بكلِّ حال.

وكذا ذكر صاحب «الكافي» في كتاب الصَّداق، وجعل كلَّ ثمرة على شجرها زيادة متَّصلة.

وصرَّح القاضي في «المجرد» في باب الغصب: بأنَّ الزِّيادة المتصلة التي يمكن إفرادها؛ كصَبغِ الثَّوب[2]، وتزويق الدَّار، والمسامير في

(١) في (هـ): فإن.

(٢) في (ب): في الثوب.

الباب؛ هل يجبر على قبولها؟ يخرَّج على وجهين:

أصحُّهما: يجبر، وهو قول الخرقيِّ في الصَّداق[١].

والثَّاني: أنَّه زيادة منفصلة بكلِّ حال، أبِّر أو لم يؤبَّر؛ لأنَّه يمكن فصله وإفراده بالبيع.

كذلك أطلقه القاضي وابن عقيل أيضًا في موضع من التَّفليس والرَّدِّ بالعيب.

وصرح صاحب «المغني» بإبدائه[٢] احتمالًا، وحكاه في «الكافي» عن ابن حامد.

والثَّالث[٣]: أنَّ المؤبَّر زيادة منفصلة، وغير المؤبَّر زيادة متصلة، صرَّح به القاضي وابن عقيل أيضًا في التَّفليس والرد بالعيب، وذكر أنَّه منصوص عن أحمد؛ اعتبارًا بالتَّبعيَّة في البيع وعدمها.

الرَّابع: أنَّ غير المؤبر زيادة متَّصلة بغير خلاف، وفي المؤبَّر وجهان، وهذه طريقة صاحب «التَّرغيب» في الصَّداق.

والخامس: أنَّ المؤبَّر زيادة منفصلة وجهًا واحدًا، وفي غير المؤبر وجهان، واختيار ابن حامد: أنَّها منفصلة، وهي طريقة «الكافي» في التَّفليس.

وأمَّا الحمل؛ فقال القاضي وابن عقيل في الصَّداق: هو زيادة متَّصلة.

---

(١) زاد في (ب) قوله: (وبه جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الصَّداق، وأنَّ الزَّوج يجبر على قبوله إذا بذلته الزَّوجة بكلِّ حال) وهو مكرر، وقد تقدم قريبًا.

(٢) في (ب): بإبداله.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): الثَّالث.

قال القاضي: ويجبر الزوج على قبولها إذا بذلتها المرأة.

وخالفه ابن عقيل في الآدميات؛ لأنَّ الحمل فيهنَّ نقص من جهة وزيادة من جهة، بخلاف البهائم؛ فإنَّه فيها زيادة محضة.

قال(١) القاضي في الفلس(٢): ينبني على أنَّ الحمل هل له حكم أم لا؟ فإن قلنا: له حكم؛ فهو زيادة منفصلة، وإلَّا فهو زيادة متَّصلة؛ كالسِّمَن.

وفي «التَّلخيص»: الأظهر أنَّه يتبع في الرُّجوع[١]؛ كما يتبع في البيع والحبِّ إذا صار زرعًا، والبيضة إذا صارت فَرُّوجًا[٢].

فأكثر الأصحاب على أنَّها داخلة في النَّماء المتَّصل، كذلك قال القاضي وابن عقيل في الفلس والغصب.

وذكر صاحب «المغني» وجهًا آخر، وصحَّحه: أنَّه من باب تغيُّر

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الرُّجوع على المفلس بعين ماله الَّذي وجده).

[٢] كتب على هامش (ن): (لم يتعرَّض المصنِّف لما اقتضاه كلام التَّلخيص في الرَّدِّ بالعيب، وهو كون الحمل زيادة منفصلة، فإنَّه قال: النَّماء الحادث من عين المبيع، كثمرة الشَّجرة، وحمل الحيوان ولبنه، إذا حدث بعد البيع، ثمَّ ظهر على عيب، فهل له ردُّ الأصل وإمساك النَّماء؟ فيه روايتان، انتهى، وقد عرفت أنَّ المذهب: أنَّ له ذلك).

(١) في (ب) وباقي النسخ: وقال.

(٢) في (أ): التفليس.

العين بما يزيل الاسم؛ لأنَّ الأوَّل استحال.

وكذا ذكر ابن عقيل في موضع آخر.

وفي «المجرد»: لو حلف لا يأكل بيضة؛ فصارت فرُّوجًا، أو حبًّا فصار سنبلًا: أنَّه لا يحنث بأكله؛ لزوال الاسم.

وهذا إنَّما يتوجَّه على قول ابن عقيل في مسألة تعارض الاسم والتَّعيين، فأمَّا على المشهور؛ فينبغي أن يحنث، وبه جزم القاضي في «خلافه»، وأشار[١] إليه ابن عقيل في «الفصول»؛ كما[٢] لو حلف لا يأكل هذا التَّمر فصار دبسًا.

وقد يفرق[٣]: ببقاء حلاوة التَّمر ولونه، بخلاف الأول[٤].

ولو اشترى بيضة فوجد فيها فرُّوجًا؛ فالبيع باطل، نصَّ عليه في رواية ابن منصور[٥]، وهو يشهد للقول بأنَّ البيض والفرُّوج عينان متغايرتان؛ فيكون كما إذا تبايعا دابَّة يظنَّان أنَّها حمارٌ، فإذا هي فرس.

والقصيل إذا صار سنبلًا؛ فهو زيادة متَّصلة، وإذا اشتدَّ الحبُّ؛ فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة، ذكره القاضي.

---

(١) في (ب): وكذلك أشار.

(٢) قوله: (كما) سقط من (ب).

(٣) في (ب): وقد يفرق بين مسألة البيضة. وفي (ج) و(د) و(هـ): في مسألة البيضة.

(٤) في (ب): في الدبس بخلاف الفروج. مكان قوله: (الأول).

(٥) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧١٤).

قاعدة [٨٣]

إذا انتقل الملك عن النخل بعقد أو فسخ تتبع فيه الزِّيادة المتصلة دون المنفصلة، أو بانتقال استحقاق؛ فإن كان فيه طلع مؤبَّر؛ لم يتبعه في الانتقال، وإن[١] كان غير مؤبَّر؛ تبعه.

كذا قال القاضي في كتاب التَّفليس من «المجرَّد»، قال: وسواء كان الانتقال بعوض اختياريٍّ؛ كالبيع والصُّلح والنِّكاح والخلع، أو بعوض قهريٍّ؛ كالأخذ بالشُّفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس، وبيع الرَّهن بعد أن أطلع بغير اختيار الرَّاهن، والرجوع في الهبة بشرط الثَّواب، أو كان الانتقال بغير عوض، سواء كان اختياريًّا؛ كالهبة والصَّدقة، أو غير اختياريٍّ؛ كالرُّجوع في الهبة للأب.

وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثِّمار أيضًا؛ لأنَّه جعل الكلَّ كالبيع سواء، وصرَّح بذلك صاحب «الكافي» في العقود والفسوخ.

وأمَّا ابن عقيل؛ فإنَّه أطلق في الفسخ للإفلاس والرُّجوع في الهبة أنَّ الطَّلع يتبع الأصل[٢]، ولم يفصِّل؛ وعلَّل: بأنَّ الفسخ رفع للعقد من أصله.

(١) في (أ): فإن.

(٢) في (ب): أنْ يتبع الطلع الأصل.

وصرَّح صاحب «المغني» في البيع بأن الفسخ يتبع الطَّلع فيه أصله، سواء أبِّر أو لم يؤبر؛ لأنَّه نماء متصل، فأشبه السِّمَن، وصرَّح بدخول الإقالة والفسخ بالعيب في ذلك، وهو موافق لكلام الأصحاب في الصَّداق.

وقد قدَّمنا[١] أنَّ صاحب «المغني» ذكر احتمالًا في الفسخ بالفلس[٢] ونحوه: أنَّه لا يتبع فيه الطَّلع، سواء أُبِّر أو لم يؤبر؛ لتميُّزه وإمكان إفراده بالعقد؛ فهو كالمنفصل، بخلاف السِّمن ونحوه.

وهذا عكس ما ذكره في البيع، وهو مع ذلك موافق لإطلاق كثير من الأصحاب أنَّ الثَّمرة لا تُردُّ مع الأصل بالعيب من غير تفصيل، وكذا في الفلس.

فتحرَّر من هذا: أنَّ العقود كالبيع، والصلح، والصداق، وعوض الخلع، والإجارة[٣]، والهبة، والرَّهن؛ يفرَّق فيها بين حالة التَّأبير وعدمه، ونصَّ عليه أحمد في الرَّهن في رواية ابن الحكم.

إلَّا أنَّ في الأخذ بالشُّفعة وجهًا آخر سبق ذكره: أنَّه يتبع فيه المؤبَّر إذا كان في حال البيع غير مؤبَّر، لأنَّ الأخذ يستند إلى البيع؛ إذ هو سبب الاستحقاق.

وأمَّا الفسوخ؛ ففيها ثلاثة أوجه:

---

(١) ينظر (٢/ ١٠٣).

(٢) في (أ): في الفلس.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): والأجرة.

أحدها: أنَّ الطلع يتبع فيها مع التَّأبير وعدمه؛ بناء على أنَّ الطلع زيادة متَّصلة بكل حال، أو على أن الفسخ رفع للعقد من أصله.

والثَّاني: لا يتبع بحال؛ بناء على أنه زيادة منفصلة وإن لم يؤبَّر.

والثَّالث: إن كان مؤبَّرًا تبع، وإلَّا فلا؛ كالعقود.

هذا كلُّه على القول بأنَّ النماء المنفصل لا يتبع في الفسوخ.

أمَّا إن قيل بتبعيَّته؛ فلا إشكال في أنَّ الطَّلع يتبع، سواء أبِّر أو لم يؤبر.

وكذلك إن قيل: إنَّ الفسوخ لا تتبع فيها الزِّيادة المتَّصلة؛ فإنَّ الطَّلع لا يتبع فيها بكلِّ حال.

وأمَّا الوصية والوقف؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّه يدخل فيهما[١] الثَّمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت، من غير تفريق بين أن يؤبَّر أو لا يؤبر.

نقل عنه أبو بكر بن صدقة[٢] في الرَّجل يوصي بالكرم أو البستان لرجل، ثمَّ يموت وفي الكرم حمل، قال: (إذا كان أوصى به وفيه حمل؛ فهو للموصى له[٣]).

وقال في رواية محمد بن موسى، وسئل عن الرَّجل يوصي بالبستان

(١) في (ب) و(هـ) و(و): فيها.

(٢) هو أحمد بن محمد بن عبد الله بن صدقة، أبو بكر، نقل عن الإمام أحمد مسائل وأشياء كثيرة، توفي سنة (٢٩٣هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٦٤.

(٣) قوله: (له) سقط من (أ) و(ج) و(هـ). وينظر: الوقوف والترجل للخلال ص ٦١.

أو الكرم لرجل، ثمَّ يموت وفي الكرم أو البستان حمل؛ لمن الحملُ؟ قال: (إن كان يوم أوصى به له[١] فيه حمل؛ فهو له)[٢].

فأطلق[٣] أنَّه يدخل في الوصيَّة، ولم يفصِّل، وقد تُوَجَّه: بأنَّ الوصيَّة عقد تبرُّعٍ لا يستدعي عوضًا؛ فدخل فيها كلُّ متَّصل، بخلاف عقود المعاوضات.

وعلى هذا؛ فالهبة المطلقة كذلك، وهو خلاف ما ذكره الأصحاب، وكذلك الوقف المنجَّز وأولى.

ويحتمل: أن يختصَّ ذلك بما فيه معنى القربة من الصَّدقة والوقف والوصية.

وأمَّا اعتبار وجوده يوم الوصية - مع أنَّ الملك يتراخى إلى ما بعد الموت -؛ فلأنَّ العقد إذا انعقد؛ كان سببًا لنقل الملك، وإنَّما تأخَّر تأثيره إلى حين الموت، فإذا وجد الموت استند الملك إلى حال الإيصاء.

ولهذا لو وصَّى له بأمة حامل، ثمَّ مات الموصي قبل الوضع؛ فالولد للموصى له بغير خلاف، وسواء قلنا: إنَّ للحمل حكمًا، وأنَّه كالمنفصل، أوْ لا.

وأمَّا إن تجدَّد مستحِقٌّ من أهل الوقف وفي النَّخل طلع؛ فههنا حالتان:

---

(١) قوله: (له) سقط من (أ).

(٢) ينظر: الوقوف والترجل ص ٦١

(٣) في (ب): وأطلق.

إحداهما: أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره، والمنصوص عن أحمد: أنَّه إن حدث استحقاقه بعد التَّأبير؛ لم يستحقَّ من الثَّمر شيئًا، وإن كان قبله؛ استحقَّ.

قال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل أوقف نخلًا على ولدِ قومٍ وولدِه ما توالدوا، ثمَّ وُلد مولود؛ قال: (إن كان النَّخل قد أُبِّر؛ فليس له في ذلك شيء، وهو ملك الأوَّل، وإن لم يكن أبِّر؛ فهو معهم، وكذلك الزَّرع إذا بلغ الحصاد؛ فليس له شيء، وإن كان لم يبلغ الحصاد؛ فله فيه)[1].

وكذلك صرَّح الأصحاب بالفرق بين المؤبَّر وغيره ههنا، منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه؛ معلِّلين بتبعيَّة غير المؤبر في العقود؛ فكذا في الاستحقاق.

وعلَّل بعض الأصحاب: بأنَّ غير المؤبَّر في حكم المعدوم؛ لاستتاره وكُمُونِه[2]، والمؤبر في حكم الموجود؛ لبروزه وظهوره، وهو شبيه بقول من يقول: إنَّ الحمل ليس له حكم ما لم يظهر.

الحالة الثَّانية: أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره وينتقل نصيبه إلى غيره، قال يعقوب بن بختان: سئل أحمد عن رجل مات، فقال: ضيعتي الَّتي بالثَّغر لمواليَّ الَّذين بالثَّغر، وضيعتي الَّتي

---

(١) ينظر: الوقوف والترجل ص ٦٠.

(٢) قال في الصحاح (٦/ ٢١٨٨): (كَمَنَ يَكْمُنُ كُمونًا: اختفى، ومنه الكَمينُ في الحرب).

ببغداد لمواليَّ الَّذين ببغداد وأولادهم؛ فلمن بالثَّغر أن يأخذوا من هذه الضَّيعة الَّتي ههنا؟ قال: (لا، قد أفرد هذه من هذه)، فقيل له: فقَدِم بعضُ مَن بالثَّغر إلى ههنا، وخرج مِن ههنا بعضُهم إلى ثَمَّ، وقد أبِّرت النَّخل؛ ألهم فيها شيء؟ قال: (لا)، فقيل: فإن وُلد لأحدهم ولدٌ بعد ما أبِّرت؟ فقال: (وهذا أيضًا شبيه بهذا)، كأنَّه رأى ما(١) قبل التَّأبير جائزٌ، أو كما قال(٢).

وهذا موافق لنصِّه السَّابق في أنَّ تجدُّد المستَحِقِّ للوقف بعد التَّأبير لا يقتضي استحقاقه منه.

وأمَّا خروج الخارج من البلد؛ فلم يشمله جوابه[١]، وانقطاع حقِّ المستحقِّ بموته أو زوال صفة الاستحقاق شبيه بانفساخ العقد المزيل للملك قهرًا، وقد سبق الخلاف فيه، لا سيَّما على قولنا(٣): إنَّ الوقف ملك للموقوف عليه؛ فيصير موته كانفساخ ملكه في الأصل؛ فيخرَّج في تبعية الطَّلع له الخلاف السَّابق.

فإن قيل بالتَّفريق بين ما قبل التَّأبير وبعده؛ فلأنَّ الطَّلع إذا لم يؤبَّر في حكم الحمل في البطن واللَّبن في الضَّرع؛ فلا يكون له حكم بملك ولا غيره حتَّى يظهر.

---

[١] كتب على هامش (ن): (بل قد شمله جوابه، فليتأمَّل).

---

(١) في (ب): ما كان.
(٢) ينظر: الوقوف والترجل ص ٦٠.
(٣) في (ب): قوله.

وإن سُلِّم أنَّ له حكمًا بالملك؛ فالمستحِقُّ الحادث لمَّا شارك في غير المؤبَّر مع ظهوره على ملك الأوَّلين؛ دلَّ على أنَّ ملكهم لم يستقرَّ عليه، بخلاف المؤبَّر؛ فإنَّ ملكهم استقرَّ عليه، فمن زال استحقاقه قبل استقرار الملك؛ سقط حقُّه.

فصل

هذا كلُّه في حكم ثمر النَّخل.

فأمَّا غيره من الشَّجر؛ فما كان له كِمام ينفتح فيظهر ثمره كالقطن؛ فهو كالطَّلع.

وألحق أصحابنا به: الزُّهور الَّتي تخرج منضمَّة ثمَّ تنفتح؛ كالورد[(١)]، والياسمين، والبنفسج، والنَّرجس.

وفيه نظر؛ فإنَّ هذا المنضمَّ هو نفس الثَّمرة أو قشرها الملازم لها؛ كقشر الرُّمَّان؛ فظهوره ظهور للثَّمرة، بخلاف الطَّلع؛ فإنَّه وعاء للثَّمرة يزول عنها قريبًا، وكلام الخرقيِّ يدلُّ على ذلك؛ حيث قال: (وكذلك بيع الشَّجر إذا كان فيه ثمر بادٍ، وبدوُّ الورد ونحوه ظهوره من شجره، وإن كان منضمًّا)[(٢)].

وللأصحاب وجهان في الورق المقصود؛ كورق التُّوت، هل يعتبر

(١) في (ب): كاللوز.

(٢) ينظر: مختصر الخرقي ص ٦٥.

تفتُّحه كالثَّمر، أو يتبع الأصل بمجرَّد ظهوره؟ وهذه الزُّهور بمعناه.

ومنه: ما يظهر نَوْرُه[(١)] ثمَّ يتناثر فيظهر ثمره؛ كالتُّفاح والمشمش، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: إن تناثر نوره؛ فهو للبائع، وإلَّا فلا، وبه جزم القاضي في «خلافه»؛ لأنَّ ظهور ثمره يتوقَّف على تناثر نوره.

والثَّاني: أنَّه بظهور[(٢)] نوره للبائع، ذكره القاضي احتمالًا؛ جعلًا للنَّور كما في الطَّلع؛ لأنَّ الطَّلع ليس هو عين الثَّمرة، بل هي مستترة فيه، فتكبَرُ[(٣)] في جوفه وتظهر حتَّى تصير تلك في طرفها، وهي قمع الرَّطبة.

والثَّالث: هو للبائع بظهور الثَّمرة وإن لم يتناثر النَّور، كما إذا كبِر قبل انتشاره، وهو ظاهر كلام الخرقيِّ واختيار صاحب «المغني»، وهو أصحُّ، وقياس ما في بطن الطَّلع على النَّور لا يصحُّ؛ لأنَّ النَّور يتناثر، وما في جفِّ[(٤)] الطَّلع ينمو ويتزايد حتَّى يصير ثمرًا.

ومنه: ما تظهر[(٥)] ثمرته من غير نور، فهو للبائع بظهوره، سواء كان

---

(١) قال في المطلع (ص٢٩٢): (النَور بفتح النون: الزهر على أي لون كان، وقيل: النور ما كان أبيض، والزهر ما كان أصفر).

(٢) في (ب) و(د): يظهر.

(٣) في (ب) و(د): فيكبر. وفي (هـ): فيكون.

(٤) في (أ) و(هـ): خفِّ. والصواب المثبت، قال في لسان العرب (٩/ ٢٨): (والجف: غشاء الطلع إذا جف، وعم به بعضهم فقال: هو وعاء الطلع، وقيل: الجف قيقاءة الطلع وهو الغشاء الذي على الوليع).

(٥) في (ب) و(و): يظهر.

له قشر يبقى فيه إلى أكله؛ كالرُّمَّان والموز، أو له قشران؛ كالجوز واللَّوز، أو لا قشر له؛ كالتِّين والتُّوت.

وقال القاضي: ما له قشران لا يكون للبائع إلَّا بتشقُّق قشره الأعلى.

وردَّه صاحب «المغني»: بأنَّ تشقُّقه في شجره نادر، وتشقُّقه قبل كماله يفسده، بخلاف الطَّلع.

وفي «المبهج»: الاعتبار بانعقاد لبِّه، فإن لم ينعقد؛ تبع أصله، وإلَّا فلا.

وأمَّا الزَّرع الظَّاهر في الأرض إذا انتقل الملك فيها بالبيع ونحوه؛ فهو للبائع؛ لأنَّه ليس من أجزاء الأرض، وإنَّما هو مودع فيها، فأشبه الثَّمرة المؤبَّرة، قال في «المغني»: (لا أعلم فيه خلافًا)[١].

وفي «المبهج» للشِّيرازيِّ: إن كان الزَّرع بدا صلاحه؛ لم يتبع، وإن لم يبدُ صلاحه؛ فعلى وجهين: فإن قلنا: لا يتبع؛ أخذ البائع بقطعه إلَّا أن يستأجر الأرض من المشتري إلى حين إدراكه، وأمَّا إذا بدا صلاحه؛ فإنَّه يبقى في الأرض من غير أجرة إلى حين حصاده.

وهذا غريب جدًّا، مخالف لما عليه الأصحاب، مع أنَّ كلام أحمد في استحقاق الوقف يشهد له؛ حيث قال: إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد؛ استحقَّ، وإلَّا لم يستحقَّ؛ لأنَّه قد انتهى نموُّه وزيادته ببلوغه الحصاد[٢].

---

(١) ينظر: المغني ٤/ ٥٧.

(٢) تقدم كلام أحمد في رواية جعفر بن محمد قريبًا (٢/ ١١٠).

وهكذا قال ابن أبي موسى، لكنَّه عبر بالاستحصاد وعدمه.

وأمَّا صاحب «المغني»؛ فقال: (ما كان من الزَّرع لا يتبع الأرض في البيع؛ فلا حقَّ فيه للمتجدِّد؛ لأنه كالثَّمر المؤبر، وأمَّا ما كان يتبع في البيع - وهو ما لم يظهر ممَّا يتكرَّر حمله من الرِّطاب(١) والخضروات -؛ فيستحِقُّ فيه المتجدِّد)(٢).

وقياس المنصوص في الزرع: أن يستحقَّ المتجدِّد في الوقف من الثَّمر حتى يبدو صلاحه، ويجوز بيعه مطلقًا.

ولكنَّ أحمد فرَّق بينهما كما تقدم؛ فاعتبر في الزَّرع بلوغ الحصاد، وفي الثَّمر التأبير[١].

---

[١] كتب في هامش (أ): (قوله: "فاعتبر..." إلخ: أي: اشترط، كما صرَّح به "مص" في حاشية «المنتهى»، هـ).

---

(١) في (ب): الرَّطبات. وفي (د): الرُّطبان. وفي (و): الوطات.

(٢) لم نقف على نص كلامه في المغني، والظاهر أن المؤلف ذكره بمعناه، فإن ابن قدامة أورد رواية جعفر بن محمد عن أحمد ثم علق عليها بقوله: (وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الأصل في البيع، وهذا المولود يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة، كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل، وبعد التأبير لا تتبع الأصل، ويستحقها من كان له الأصل، فكانت للأول؛ لأن الأصل كان كله له، فاستحق ثمرته، كما لو باع هذا النصيب منها، ولم يستحق المولود منها شيئًا كالمشتري. وهكذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر، فإن المولود لا يستحق منه شيئًا، ويستحق مما ظهر بعد ولادته، وإن كان الوقف أرضًا فيها زرع يستحقه البائع؛ فهو للأول، وإن كان مما يستحقه المشتري؛ فللمولود حصته منه؛ لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل، كتجدد ملك المشتري فيه). ينظر: المغني ٦/١٦.

ونصُّه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشَّجر: الثَّمر الموجود فيه حال الوصيَّة، من غير تفريق بين أن يبدوَ صلاحه أو لا يبدو، مشكلٌ.

وأفتى الشَّيخ تقي الدين: بأن الثمر إنما يستحقُّه من بدا الصَّلاح في زمن استحقاقه، حتَّى لو مات البطن الأوَّل وقد أطلع الثَّمر بعمله، ثمَّ بدا صلاحه بعد موته؛ فإنَّه يكون للبطن الثَّاني[١].

وقال في شجر الحور[٢] الموقوف: (أنَّه إن أدرك أوان قطعه في حياة البطن الأوَّل؛ فهو له، فإن مات وبقي في الأرض مدَّة حتى زاد؛ كانت الزِّيادة حادثة في منفعة الأرض الَّتي للبطن الثَّاني، ومن الأصل الَّذي لورثة الأوَّل؛ فإمَّا أن يقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين، وإمَّا أن يعطي الورثةُ أجرةَ الأرض للبطن الثَّاني، وإن غرسه البطن الأوَّل من مال الوقف ولم يدرك إلَّا بعد انتقاله إلى البطن الثَّاني؛ فهو لهم، وليس لورثة الأوَّل فيه شيء)[٣].

واعلم أنَّ ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه ههنا: إنَّما هو إذا

---

(١) ينظر: الاختيارات الفقهية ص ٢٥٨.

(٢) الحور: شجرة لها خشبة يقال لها: البيضاء. والحوز والجوز كلاهما تصحيف. ينظر: المغرب ص ١٣٣، لسان العرب ٤/ ٢٢٠.

(٣) ينظر: الاختيارات الفقهية ص ٢٥٨.
وزاد في (ب) عبارة تقدمت قريبًا وهي: (فاعتبر في الزَّرع بلوغ الحصاد، وفي الثمر التأبير، ونصُّه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشجرِ الثمرَ الموجود فيه حال الوصية، من غير تفريق بين أن يبدو صلاحه أو لا يبدو مشكل).

كان استحقاقه بصفة محضة؛ مثل كونه ولدًا أو فقيرًا أو نحوه[(١)].

أمَّا إذا كان استحقاق الوقف عوضًا عن عمل، وكان المغلُّ كالأجرة ينبسط على جميع السَّنة؛ كالمقاسمة القائمة مقام الأجرة، أو كان استغلال الأرض لجهة الوقف من ماله؛ فإنَّه يستَحِقُّ كلُّ من اتَّصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه، حتَّى من مات في أثنائه[(٢)] استَحَقَّ بقسطه، وإن لم يكن الزَّرع قد وُجد، حتَّى لو تأخر إدراك ذلك العام إلى أثناء العام الذي بعده؛ لم يستحِقَّ منه من تجدَّد استحقاقه في عام الإدراك، واستحَقَّ منه من مات[(٣)] في العام الَّذي قبله، وبنحو ذلك أفتى الشَّيخ تقي الدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ[(٤)].

وأفتى الشيخ شمس الدين ابن أبي عمر[(٥)]: بأنَّ الاعتبار في ذلك بسنة المغلِّ دون السَّنة الهلالية، في جماعة مقدّرين[(٦)] في قرية حصل

---

(١) في (ب) و(د): ونحوه.

(٢) في (أ): من أبنائه.

(٣) قوله: (من مات) سقط من (أ).

(٤) قال في الاختيارات (ص ٢٥٩): (ومن نزل في مدرسة ونحوها استحق بحصته من المغل، ومن جعله كالولد فقد أخطأ).

(٥) هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الجماعيلي، شمس الدين، ابن الشيخ أبي عمر، ويعرف عند الأصحاب بالشارح، لأنه مؤلف كتاب: (الشرح الكبير)، تفقه على والده وعمه موفق الدين ابن قدامة، ودرس وأفتى، وأقرأ العلم زمانًا طويلًا، قال الذهبي: (ستين سنة)، وانتهت إليه رياسة المذهب في عصره، بل رياسة العلم في زمانه، توفي سنة ٦٨٢هـ. ينظر: تاريخ الإسلام ١٥/ ٤٦٩، ذيل الطبقات ٤/ ١٧٢.

(٦) في (هـ): مقرَّبين. وهي كذلك في ذيل الطبقات (٤/ ١٨٥).

لهم حاصل من قريتهم الموقوفة عليهم، فطلبوا أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضي - وهو مغلٌّ سنة خمس وأربعين مثلًا -؛ فهل يصرف إليهم النَّاظر بحساب سنة خمس الهلاليَّة، أو بحساب سنة المغلِّ، مع أنَّه قد نزل بعد هؤلاء المتقدِّمين جماعة شاركوا في حساب سنة المغلِّ، فإنْ أخذ أولئك على حساب السَّنة الهلاليَّة؛ لم يبق للمتأخرين إلَّا شيء يسير؟

فأجاب: بأنَّه لا يحتسب إلَّا بسنة المغلِّ دون الهلاليَّة، ووافقه جماعة من الشَّافعيَّة والحنفية على ذلك[١].

(١) من قوله: (وأفتى الشيخ شمس الدين...) إلى هنا سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).
وقد ذكر ابن رجب هذه الفتوى في ذيل الطبقات ٤/ ١٨٥، وذكر أن الذين وافقوه هم: أبو شامة، وابن رزين الشافعي، وسليمان الحنفي.

قاعدة [٨٤]

الحمل؛ هل له حكم قبل انفصاله أم لا؟

حكى القاضي وابن عقيل وغيرهما في المسألة روايتين، قالوا: والصَّحيح من المذهب أنَّ له حكمًا.

وهذا الكلام على إطلاقه قد يستشكل، فإنَّ الحمل يتعلَّق به أحكامٌ كثيرة ثابتة بالاتِّفاق؛ مثل: عزل الميراث له، وصحَّة الوصية له، ووجوب الغرَّة بقتله، وتأخير إقامة الحدِّ واستيفاءِ القصاص من أمِّه حتَّى تضعه، وإباحة الفطر لها إذا خشيت عليه، ووجوب النَّفقة لها إذا كانت بائنًا، وإباحة طلاقها وإن كانت[1] موطوءة في ذلك الطُّهر قبل ظهوره، إلى غير ذلك من الأحكام، ولم يريدوا إدخال هذه الأحكام في محلِّ الروايتين.

وفصل القول في ذلك: أنَّ الأحكام المتعلِّقة بالحمل نوعان:

أحدهما: ما يتعلق - بسبب الحمل - بغيره: فهذا ثابت بالاتفاق؛ لأنَّ الأحكام الشَّرعية تتعلق على الأسباب الظاهرة، فإذا ظهرت أمارات الحمل؛ كان وجوده هو الظَّاهر، فترتَّبت[2] عليه أحكامه في الظَّاهر، ثمَّ

(١) في (أ): إن كانت

(٢) في (أ): فيترتب. وفي (هـ): فترتُّب.

إن خرج حيًّا؛ تبيَّنا ثبوت تلك الأحكام في الباطن، وإن بان أنَّه لم يكن حمل أو خرج ميتًا؛ تبيَّنَّا فساد ما يتعلَّق من الأحكام به أو بحياته؛ كإرثه ووصيَّته.

وهذه الأحكام كثيرة جدًّا، بعضها[1] متَّفق عليه، وبعضها فيه اختلاف[2].

فمنها: إذا ماتت كافرةٌ وفي بطنها حملٌ محكوم بإسلامه؛ لم تدفن في مقابر الكفَّار؛ لحرمة الحمل.

ومنها: إخراج الفطرة عن الحمل، وهي مستحبَّة، وفي وجوبها طريقان للأصحاب:

منهم: من جزم بنفي الوجوب.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان.

ومنها: فطر الحامل إذا خافت على جنينها من الصَّوم؛ ويجب عليها القضاء والكفارة، وهل الكفارة من مالها، أو بينها وبين من يلزمه نفقة الحمل؟ على احتمالين، ذكرهما ابن عقيل في «فنونه».

ومنها: إذا اشترى جارية فبانت حاملًا؛ فنصَّ أحمد في رواية أبي طالب: (أنَّ البائع إن أقرَّ بوطئها رُدَّت إليه؛ لأنَّها أم ولد له، وإن أنكر؛ فإن شاء المشتري ردَّها، وإن شاء[3] لم يردها).

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): وبعضها.

(٢) في (ب): اختلاف أحكامه.

(٣) قوله: (وإن شاء) هو في (ب): وإن لم يشأ.

فأبطَلَ البيع مع إقرار البائع بالوطء بمجرَّد تبيُّن الحمل.

وقال ابن عقيل: عندي لا يجب الرَّدُّ حتَّى تضع ما تصير به الأمة أمَّ ولد؛ لجواز ألَّا يكون كذلك.

وهذا تفريع على قولنا: بصحَّة البيع قبل الاستبراء، فأمَّا على الرِّواية الأخرى؛ فالبيع من أصله باطل؛ لعدم استبراء البائع.

ومنها: لو وطئ الرَّاهن أمته المرهونة فأحبلها؛ خرجت من الرَّهن، ولزمه قيمتها يكون رهنًا، كذا[(١)] قاله كثير من الأصحاب.

ومنهم من قال: بتأخير[(٢)] الضَّمان حتى تضع؛ فيلزمه قيمتها يوم أحبلها.

ومنها: إذا وطئ جارية من المغنم فحملت؛ فإنَّها تقوَّم عليه في الحال، وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن أحمد.

وقال القاضي في «خلافه»: لا تصير مستولدة؛ بناءً على أنَّ الغنيمة لا تملك بدون القسمة، لكن يمنع من بيعها؛ لكونها حاملًا بحرٍّ، ولا تؤخَّر قسمتها، فتعيَّن أن تحسب عليه من نصيبه لذلك.

ومنها: إذا قال لزوجته: إن كنت حاملًا فأنت طالق؛ فالمنصوص عن أحمد في رواية مهنَّى: (أنه ينظر النِّساء إليها، فإن خفي عليهنَّ، فإن جاءت به لتسعة أشهر أو لستَّة أشهر؛ حنث)[(٣)].

(١) قوله: (كذا) سقط من (أ).

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): يتأخَّر.

(٣) لم نقف على الرواية، وقد ذكر ابن قدامة في المغني (٧/ ٤٥٦) رواية من رواية أبي طالب: (إذا قال لامرأته: متى حملت فأنت طالق: لا يقربها حتى تحيض، فإذا =

فأوقع الطَّلاق بشهادة النِّساء بالحمل، أو بولادتها لغالب مدَّة الحمل عند خفائه.

وصحَّح القاضي في موضع من «الجامع» هذه الرِّواية.

وقال أكثر الأصحاب: إن ولَدَت لأكثر من نهاية مدَّة الحمل؛ لم تطلُق، وإن ولدت لدون أكثر مدَّة الحمل: فإن كان لم يطأها بعد اليمين؛ طلَقت، وإن وطئها بعد اليمين، فإن ولدت لدون ستة أشهر من أوَّل[1] الوطء؛ طلَقت، وإن ولدت لأكثر منه؛ فوجهان:

أشهرهما: لا تطلُق، وجعله القاضي في «المجرد» وجهًا واحدًا؛ لاحتمال العلوق به من الوطء المتجدد.

والثَّاني: تطلُق؛ لأنَّ الأصل عدمه.

وفيه وجه آخر: لا تطلق حتَّى تضعه لدون ستَّة أشهر بكلِّ حال؛ لأنَّه لا يتيقن وجوده عند اليمين بدون ذلك، والطَّلاق لا يقع مع الشَّك والاحتمال.

ومنها: إذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره، فمات ولا أب له، وقد كان تقدَّم من الزَّوج وطء هذه الزَّوجة؛ فإنه يُمنع من وطئها بعد موت ولدها حتَّى يتبيَّن هل هي حامل من وطئه المتقدِّم أم لا؛ لأجل ميراث الحمل من أخيه.

= طهرت وطئها، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة، فإن لم يوجدن أو خفي عليهن؛ انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل).

(١) في (ب): حين.

وكذلك إذا كان عبد تحته حرَّة قد وطئها، وله أخ حرٌّ، فيموت أخوه الحرُّ؛ فإنَّه يُمنع من وطء زوجته حتَّى يتبين هل هي حامل أم لا؛ لأجل ميراث الحمل من عمِّه.

ثمَّ إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من حين الموت؛ فإنَّه يرث بلا إشكال.

وإن جاءت به لأكثر من ستَّة أشهر ولأقل من أكثر مدَّة الحمل؛ فإن كفَّ الزَّوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل؛ لأنَّ الظاهر أنَّها كانت حاملًا.

قال أحمد في رواية ابن منصور، في رجل تزَّوج امرأة لها ابنٌ من غيره فيموت ابنها: إن[١] جاءت بولد دون ستَّة أشهر من يوم مات ابنها؛ ورَّثناه، وإن جاءت بالولد بعد ستة[٢] أشهر؛ لم نورِّثه إلا ببينة، ويكفُّ عن امرأته إذا مات ولدها، فإن لم يكفَّ، فجاءت[٣] بولد لأكثر من ستَّة أشهر؛ فلا أدري أهو أخوه أم لا؟[٤].

(١) في (أ): فإن.

(٢) في (ب): الستة.

(٣) في (أ): وجاءت.

(٤) في مسائل ابن منصور (٤/ ١٧٥١): قال سفيان في رجل تزوج امرأة ولها ابن من غيره فيموت ابنها: إن جاءت بالولد دون ستة أشهر من يوم مات ابنها ورّثناه، وإن جاءت بالولد بعد ستة أشهر لم نورّثه إلا ببينة.
قال أحمد: يكف عن امرأته، فإن لم يكف فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر فلا أدري هو أخوه أم لا؟
فجعل أول الكلام من قول سفيان، وأقره عليه أحمد.

وظاهر هذا: أنَّه إن كفَّ عن الوطء ورث الولد.

وإن لم يكفَّ؛ فإن جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستَّة أشهر ورث أيضًا، وكان كمن لم يطأ، وإن جاءت به لستَّة أشهر فصاعدًا؛ فظاهر كلام أحمد الَّذي ذكرناه: أنَّه لا يرث، وبه جزم القاضي في «المجرد»؛ إلَّا أن يقر الورثة أنَّها كانت حاملًا يوم مات(١) ولدها.

وقال في «الجامع الكبير»: يحتمل وجهين، خرَّجهما من مسألة تعليق الطَّلاق على الحمل الَّتي تقدمت(٢).

النَّوع الثَّاني: الأحكام الثَّابتة للحمل في نفسه، من ملك، وتملُّك، وعتق، وحكم بإسلام، واستلحاق نسب ونفيه، وضمان، ونفقة.

وهذا النَّوع هو مراد من حكى الخلاف في الحمل؛ هل له حكم أم لا؟ وبعض هذه الأحكام ثابتة بغير خلاف، ولنذكر جملة من هذه الأحكام:

فمنها: وجوب النَّفقة له؛ فتجب النفقة للحمل(٣) على الأب وإن كانت أمه لا نفقة لها؛ كالبائن بالاتفاق.

وهذه النَّفقة للحمل لا لأمِّه على أصحِّ الرِّوايتين[١]، وهي اختيار

[١] كتب على هامش (ن): (قال في «المغني»: والثَّانية تجب لها من أجله؛ =

(١) في (ب): موت.
(٢) ينظر (٢/ ١٢١).
(٣) في (ب): نفقة الحمل.

الخرقيِّ وأبي بكر، ولهذا تدور معه وجودًا وعدمًا[١].

فعلى هذه؛ تجب مع نشوز الأمِّ، وكونها حاملًا من وطء شبهة أو نكاح فاسد.

ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الإعسار، ذكره القاضي في «خلافه»، وصاحب «المحرَّر».

ويسقط بيسار الحمل إذا حكم له بمال، ذكره القاضي أيضًا في «الخلاف»، وظاهر كلامه في كتاب الرِّوايتين يخالف(١) ذلك.

ويجب الإنفاق في مدَّة الحمل، ولا يقف على الوضع، نصَّ عليه أحمد(٢).

= لأنَّها تجب مع الإعسار واليسار، فكانت لها كنفقة الزَّوجات، ولأنَّها لا تسقط بمضيِّ الزَّمان، فأشبهت نفقتها في حياته، انتهى.

وفيه ما يقتضي أنَّ النَّفقة عليه ولو كان معسرًا، وأنَّها لا تسقط بمضي الزَّمان على الرِّوايتين، وخلاف ما ذكره هنا في الأولى).

[١] كتب على هامش (ن): (لا يلزم من دورانها معه وجودًا أو عدمًا كونها له، بل ذلك لكونه سببًا لوجوبها لأمِّه؛ إذ لو كانت له؛ لم يجعل الوضع غاية له، ولم تسقط بانفصاله، ولتقدرت بقدر تغذيه من أمِّه لا بقدر كفايتها، ولما وجبت كسوتها، ولما وجبت مع الإعسار، ولسقطت بمضي الزَّمان، وقد علَّله في «المغني» بهذين الفرعين الأخيرين، فذكر ذلك على أنَّها محل وفاق).

---

(١) في (أ): بخلاف.

(٢) ينظر: الهداية لأبي الخطاب ص ٤٩٧.

وخرَّج الآمديُّ وأبو الخطاب وجهًا إذا قلنا: لا حكم للحمل: أنَّه لا تجب النَّفقة حتى ينفصل، فيرجع بها.

وهو ضعيف مصادم لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ﴾ [الطَّلَاق: ٦].

وأمَّا أمُّ الولد إذا مات عنها سيِّدها وهي حامل؛ فليست من هذا القبيل، وإن كان أبو الخطَّاب ذكر في وجوب النَّفقة لها لأجل الحمل روايتين، بل نفقة هذه من جنس نفقة الحامل المتوفَّى عنها، وفيها أيضًا روايتان.

وليس ذلك مبنيًّا على أنَّ النَّفقة للحمل أو للحامل كما زعم ابن الزاغونيِّ وغيره؛ فإنَّ نفقة الأقارب تسقط بالموت، ولكن هذا من باب وجوب النفقة على المحبوسة لحقِّ الزَّوج من ماله؛ كنفقة البائن الحائل[(١)].

نعم، يتوجَّه أن يقال: إن قلنا: النَّفقة للحامل؛ وجبت نفقة أمِّ الولد والمتوفَّى عنها من التَّركة؛ لأنَّهما محبوستان لحق الزوج، فإذا وجبت لهما نفقة فهي من ماله، وإن قلنا: النَّفقة للحمل؛ فهي على الورثة كما سبق، وهذا عكس ما ذكره ابن الزاغونيِّ ومن وافقه.

وفي نفقة أمِّ الولد الحامل ثلاث روايات عن أحمد:

إحداها: لا نفقة لها، نقلها حرب وابن بختان[(٢)].

---

(١) في (ب): الحائل البائن. وفي (هـ): الحامل البائن. وفي (و): البائن الحامل.

(٢) جاء في مسائل حرب (٢/ ٥٩٧): قلت لأحمد: أم الولد إذا مات عنها سيدها هل =

والثَّانية: ينفق عليها من نصيب ما في بطنها، نقلها محمَّد بن يحيى الكحَّال(١).

والثَّالثة: إن لم يكن ولدت من سيِّدها قبل ذلك؛ فنفقتها من جميع المال إذا كانت حاملًا، وإن كانت ولدت من سيِّدها(٢) قبل ذلك؛ فهي في عداد الأحرار، ينفق عليها من نصيبها[١]، نقلها عنه جعفر بن محمَّد(٣)، وهي مشكلة جدًّا.

ومعناها عندي - والله أعلم -: أنَّها إذا كانت حاملًا ولم تضع من سيِّدها قبل ذلك؛ فنفقتها من جميع المال؛ لما ذكرنا من حبسها على سيِّدها بالحمل، فتكون النَّفقة عليه حيث لم يثبت استيلادها بعد، ويجوز ألَّا تصير أمَّ ولد بالكليَّة وتسترقَّ، فإذا أنفق عليها من جميع المال، فإن تبيَّن عتقها؛ فقد استوفت الواجب لها، وإن رقَّت؛ لم يذهب على الورثة شيء، حيث أنفق على رقيقهم من مالهم، وإن كانت ولدت قبل ذلك من سيِّدها؛ فقد ثبت لها حكم الاستيلاد في حياة

[١] كتب على هامش (ن): (أي: نصيب ولدها).

= ينفق عليها؟ قال: (لا، وإن كانت حاملًا أيضًا لم ينفق عليها).

(١) ذكرها في الفروع ٩/ ٣١٠.

والكحال: هو محمد بن يحيى الكحال، أبو جعفر البغدادي المتطبب، كانت عنده عن الإمام أحمد مسائل كثيرة حسان مشبعة، وكان من كبار أصحابه، وكان يقدمه ويكرمه. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٣٢٨.

(٢) قوله: (من سيِّدها) سقطت من (أ) و(ج) و(د) و(هـ).

(٣) ذكرها في الفروع ٩/ ٣١٠.

السَّيِّد، وهو معنى قوله: (هي في عداد الأحرار)، وحينئذ تَعتِق بموت السَّيِّد بلا ريب؛ فإيجاب نفقتها على ولدها أولى من إيجابها من مال سيِّدها، ويزيده إيضاحًا في المسألة الآتية.

ومنها: وجوب نفقة الأقارب على الحمل من ماله، وقد نصَّ أحمد في رواية الكحَّال: أنَّ نفقة أمِّ الولد الحامل من نصيب ما في بطنها، ذكره القاضي في «خلافه»[(١)].

واستشكله الشيخ مجد الدين؛ قال: لأنَّ الحمل إنَّما يرث بشرط خروجه حيًّا، ويوقف نصيبه؛ فكيف يتصرَّف فيه قبل تحقُّق الشَّرط؟!

ويجاب عنه: بأنَّ هذا النص يشهد لثبوت ملكه بالإرث من حين موت مورثه[(٢)]، وإنَّما خروجه حيًّا يتبيَّن به وجود ذلك، فإذا حكمنا له بالملك ظاهرًا؛ جاز التَّصرُّف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من تلزمه نفقته، لا سيَّما والنَّفقة على أمِّه يعود نفعها إليه، كما يُتصرَّف في مال المفقود إذا غلب على الظنِّ هلاكه، ويُقسَّم ماله بين ورثته، وإن جاز أن يكون حيًّا، بل هو الأصل، حتَّى لو قدم حيًّا، وقد استُهلِك مالُه في أيدي الورثة؛ ففي ضمانه روايتان، فكذا[(٣)] يقال في مال الحمل.

ويشهد له: إذا أنفق الزَّوج على البائن يظنُّها حاملًا، ثم تبين أنَّها لم

---

(١) جاء في الروايتين والوجهين (٢/ ٢٤٠): وقال أيضًا في رواية أبي جعفر بن محمد بن يحيى المتطبب - وهو الكحَّال - في الرجل يموت فيخلف أم ولد حامل: من أين ينفق عليها؟ قال: (من مال ما في بطنها، يؤخذ بالحصص).

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): موروثه.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): وكذا.

تكن حاملًا؛ ففي الرُّجوع روايتان أيضًا.

وقد يحمل إيجاب[(١)] النَّفقة للأمِّ من نصيب الحمل على أنَّ الأمَّ ترجع به على نصيبه إذا وضعته حيًّا، وفيه بعدٌ.

ومنها: ملكه بالميراث وهو متَّفق عليه في الجملة، لكن هل ثبت له الملك بمجرَّد موت مورِّثه[(٢)] وتبيَّن ذلك بخروجه حيًّا، أو لم[(٣)] يثبت له الملك حتَّى ينفصل حيًّا؟

فيه خلاف بين الأصحاب، وهذا الخلاف مطَّرد في سائر أحكامه الثَّابتة له؛ هل هي معلَّقة بشرط انفصاله حيًّا فلا يثبت قبله، أو هي ثابتة له في حال كونه حملًا، لكن ثبوتها مراعًى بانفصاله حيًّا؛ فإذا انفصل حيًّا[(٤)] تبيَّنا ثبوتها من حين وجود أسبابها؟

وهذا هو تحقيق معنى[(٥)] قول من قال: هل الحمل له حكم أم لا؟ والَّذي يقتضيه نصُّ أحمد في الإنفاق على أمِّه من نصيبه: أنَّه يثبت له الملك بالإرث من حين موت أبيه، وصرَّح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب.

ونُقل عن أحمد ما يدلُّ على خلافه أيضًا؛ فروى عنه جعفر بن محمَّد في نصرانيٍّ مات وامرأته نصرانيَّة وكانت حبلى، فأسلمت بعد

---

(١) في (ب): أصحاب.
(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): موروثه.
(٣) في (ب): لا.
(٤) قوله: (حيًّا) سقط من (ب) و(د) و(هـ).
(٥) في (ب): معنى تحقيق.

موته ثمَّ ولدت: هل يرث[(١)]؟ قال: (لا)، وقال: (إنَّما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو، وإنَّما يرث بالولادة)، وحكم له بحكم الإسلام[(٢)][١].

وقال محمَّد بن يحيى الكحَّال: قلت لأبي عبد الله: مات نصرانيٌّ وامرأته حامل، فأسلمت بعد موته؛ قال: (ما في بطنها مسلم)، قلت: يرث أباه إذا كان كافرًا وهو مسلم؟ قال: (لا يرثه)[(٣)].

فصرَّح بالمنع من إرثه من أبيه، معلِّلًا بأنَّ إرثه يتأخَّر إلى ما بعد ولادته؛ لأنَّه قبل ذلك مشكوك في وجوده، وإذا تأخَّر توريثه إلى ما بعد الولادة؛ فقد سبق الحكم بإسلامه زمن الولادة؛ إما بإسلام أمِّه كما دل عليه كلام أحمد هنا، أو بموت أبيه على ظاهر المذهب، والحكم بالإسلام لا يتوقَّف على العلم به، بخلاف التَّوريث، وهذا يرجع إلى أنَّ التَّوريث يتأخَّر عن موت الموروث إذا انعقد سببه في حياة الموروث، وأصول أحمد تشهد لذلك في إسلام القريب الكافر قبل قسمة الميراث.

وأمَّا على ما صرَّح به ابن عقيل وغيره، وهو مقتضى رواية الكحَّال في النَّفقة؛ فيرث الحمل بموت أبيه منه وإن قلنا: يحكم بإسلامه بموت أحد أبويه؛ كما سبق تقريره في قاعدة اقتران الحكم ومانعه.

وأمَّا إن قيل: لا يحكم بإسلامه بموت أحدهما؛ فتوريثه واضح؛ إذ

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: وهو في بطن أمِّه).

(١) في (ب): ترث.
(٢) ينظر: أحكام أهل الملل والردة، للخلال، ص ٣٣٢.
(٣) ينظر: أحكام أهل الملل والردة، ص ٣٣١.

اختلاف الدِّين متأخِّر عن التَّوريث، وتخريج(١) كلام أحمد على ما ذكرناه واضح لا خفاء به، وقد ألمَّ به بعض الأصحاب.

وأمَّا القاضي والأكثرون؛ فاضطربوا في تخريج كلام أحمد في منع الميراث، وللقاضي في تخريجه ثلاثة أوجه:

الأوَّل: أنَّ إسلامه قبل قسمة الميراث أوجب(٢) منعه من التَّوريث؛ كما أنَّ إسلام الكافر قبل قسمة ميراث المسلم توجب توريثه؛ اعتبارًا بالقسمة في التَّوريث والمنع.

وهذه طريقة القاضي في «المجرَّد»(٣) وابن عقيل في «الفصول»، وهي ظاهرة الفساد؛ لأنَّ إسلام قريب الكافر بعد موته[١] وثبوت إرثه لا يسقط توريثه منه بغير خلاف، فإنَّ توريث المسلم قبل القسمة يثبت ترغيبًا في الإسلام وحثًّا عليه[٢]، وهذا المقصود ينعكس ههنا[٣].

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بعد موت الكافر وبعد ثبوت إرثه منه؛ لاتفاق دينهما حالة موت الموروث).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: بخلاف إسلام قريب المسلم بعد موته وقبل قسمة ميراثه).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: لأنه لو سقط توريثه من قريبه بإسلامه كان فيه تنفير عن الإسلام، بخلاف إسلام الكافر قبل قسمة ميراث قريبه المسلم، =

(١) في (ب): ويتخرَّج. وفي (د) و(هـ): ويخرَّج.
(٢) في (أ) و(د) و(هـ): أوجبت.
(٣) قوله: (في المجرَّد) سقط من (أ).

والثَّاني: أنَّ هذه الصورة من جملة صور توريث الطِّفل المحكوم بإسلامه بموت أبيه منه، ونصُّه هذا يدلُّ على عدم التَّوريث؛ فتكون رواية ثانية في المسألة.

وهذه طريقة القاضي في كتاب الرِّوايتين، وهي ضعيفة؛ لأنَّ أحمد صرَّح بالتعليل بغير ذلك، ولأنَّ توريث الطِّفل من أبيه الكافر - وإن حُكم بإسلامه بموته - غير مختلف فيه، حتَّى نقل ابن المنذر وغيره عليه الإجماع(١)؛ فلا يصحُّ حمل كلام أحمد على ما يخالف الإجماع[١].

والثَّالث: أنَّ الحكم بإسلام هذا الطَّفل حصل بشيئين: موت أبيه، وإسلام أمِّه، وهذا الثَّاني مانع قويٌّ؛ لأنَّه متَّفق عليه، فلذلك منع الميراث، بخلاف الولد المنفصل إذا مات أحد أبويه؛ فإنَّه يحكم بإسلامه ولا يمنع إرثه؛ لأنَّ المانع فيه ضعيف للاختلاف فيه.

= فإن توريثه منه فيه ترغيب في الإسلام وحث عليه، فلا يقاس فرع على أصل يخالفه في علة حكمه).

[١] جاء في هامش (ن): (أي: وإنما يورَّث الحمل من أبيه، فليس مجمعًا عليه؛ لأنه حالة موت أبيه لم يكن يُعلم ما هو؛ هل هو ممن يصلح كونه وارثًا لوجود الحياة فيه، أو لا يصلح؛ إما لأنه لم تنفخ فيه الروح، أو لأنه قد مات قبل موت أبيه فلم يثبت استحقاقه للإرث، ولا كونه أهلًا له، بخلاف الطفل المولود حين موت أبيه، فإنه أهل للإرث بغير خلاف).

(١) قال ابن المنذر في الإجماع (ص ٧٤): (وأجمعوا على أن الرجل إذا مات وزوجته حبلى، أن الولد الذي في بطنها يرث، ويورث إذا خرج حيًّا فاستهل).

وهذه طريقة القاضي في «خلافه»، وهي ضعيفة أيضًا، ومخالفة لتعليل أحمد[١]؛ فإنَّ أحمد إنَّما عَلَّل بسبق المانع لتوريثه[٢]، لا بقوَّة المانع وضعفه، وإنَّما ورَّث أحمد من(١) حُكم بإسلامه بموت أحد أبويه؛ لمقارنة المانع[٣] لا لضعفه.

ومنها: ثبوت الملك له بالوصيَّة، وفيه الخلاف السَّابق في التَّوريث، واختيار(٢) القاضي: أنَّ الوصيَّة له تعليقٌ على خروجه حيًّا، والوصيَّة قابلة للتَّعليق، بخلاف الهبة.

وابن عقيل تارة وافق شيخه، وتارة خالفه وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصي وقبول الوليِّ له.

---

[١] جاء في هامش (ن): (لم يبين المصنف وجه ضعف هذه الطريقة، ولا يلزم من مخالفتها لتعليل أحمد ضعفها).

[٢] جاء في هامش (ن): (وهو قوله: "إنما مات أبوه وهو لا يُعلم ما هو، وإنما يرث بالولادة").

[٣] جاء في هامش (ن): (أي: لمقارنة المانع، وهو اختلاف الدين للمقتضي، وهو اتحاد الدين حالة الموت، فمقارنة المانع للمقتضي أوجب ضعف المانع عن المنع، فأثَّر اقتضاء المقتضي للإرث لقوته؛ لأنه لولا قوته لما قارن المانع، ولأن المقتضي له قوة بكونه أصلًا سابقًا والمانع طارئ عليه، والطارئ ضعيف بالنسبة إلى الأصيل الثابت).

---

(١) في (ب): من ما.

(٢) في (ب) و(د): واختار.

وصرَّح به أبو المعالي التَّنوخيُّ[(١)]، وبأنَّه ينعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك إذا كان مالًا زكويًّا، وكذلك في المملوك بالإرث.

وحكى وجهًا آخر: أنَّه لا يجري في حول الزَّكاة حتَّى يوضع؛ للتَّردد في كونه حيًّا مالكًا؛ فهو كالمكاتب، ولا يعرف هذا التَّفريع في المذهب.

ومنها: الإقرار المطلق للحمل؛ هل يصحُّ أم لا؟ على وجهين.

قال التَّميميُّ: لا يصحُّ.

وقال ابن حامد والقاضي: يصحُّ.

واختُلِف في مأخذ البطلان:

فقيل: لأنَّ الحمل لا يَملِك إلَّا بالإرث والوصيَّة، فلو صحَّ الإقرار له لملك بغيرهما.

وهو فاسد، فإنَّ الإقرار كاشف للملك ومبيِّن له، لا موجب له.

وقيل: لأنَّ ظاهر الإطلاق ينصرف إلى المعاملة ونحوها، وهي مستحيلة مع الحمل.

وهو ضعيف؛ لأنَّه إذا صحَّ له[(٢)] الملك بوجه؛ حمل الإقرار مع الإطلاق عليه.

---

(١) هو أسعد، ويسمى محمد بن المنجى بن بركات بن المؤمل التنوخي الدمشقي، القاضي وجيه الدين أبو المعالي، أخذ الفقه عن الشيخ عبد القادر الجيلي، وعن عبد الوهاب ابن الشيخ أبي الفرج، له مصنفات منها: الخلاصة في الفقه، والنهاية في شرح الهداية، توفي سنة ٦٠٦هـ. ينظر: ذيل الطبقات ٣/ ٩٨.

(٢) قوله: (الملك له) سقط من (د)، وهي في (ب): أنَّ الملك.

وقيل: لأنَّ الإقرار للحمل تعليق له على شرط الولادة؛ لأنَّه لا يَملِك بدون خروجه حيًّا، والإقرار لا يقبل التَّعليق، وهذه طريقة ابن عقيل، وهي أظهر، وترجع المسألة حينئذ إلى ثبوت الملك له وانتفائه كما سبق.

ومنها: استحقاق الحمل من الوقف، والمنصوص عن أحمد كما سبق: أنَّه لا يستحق حتَّى يوضع، وهو قول القاضي والأكثرين.

وقال ابن عقيل: يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملًا، حتَّى صحَّح الوقف على الحمل ابتداء.

وقياس قوله في الهبة [(١)] كذلك؛ إذ تمليك الحمل عنده تمليك منجَّز لا معلَّق.

وإنَّما منع القاضي صحَّة الهبة له؛ لأنَّ تمليكه تعليق[(٢)] على خروجه حيًّا، والهبة لا تقبل التَّعليق.

وأفتى الشَّيخ تقي الدين: باستحقاق الحمل من الوقف أيضًا[(٣)].

ويُمكن التَّفريق على المنصوص بين الوقف وغيره من الإرث والوصية والهبة: بأنَّ الوقف إنَّما المقصود منه منافعه وثمراته وفوائده، وهي مستحَقَّة على التَّأبيد لقوم بعد قوم، والحمل ليس من أهل الانتفاع؛ فلا يستحِقُّ منه شيئًا مع وجود المنتفعين به حتَّى يولد ويحتاج إلى

(١) قوله: (وقياس قوله في الهبة) هو في (ب): تعلّق.
(٢) في (ب): أن تمليكه تعلَّق.
(٣) قوله: (أيضًا) سقط من (ب). وينظر: الاختيارات (ص ٢٥٧).

الانتفاع معهم، بخلاف الملك الَّذي يختصُّ به واحد معيَّن لا يشاركه فيه غيره؛ فإنَّ هذا يثبت للحمل، ولا يجوز انتزاعه منه مع وجوده.

ويلزم من ذلك صحَّة[١] الوقف على الحمل المعيَّن دون استحقاقه مع أهل الوقف.

ومنها: الأخذ للحمل بالشُّفعة إذا مات مورِّثه[٢] بعد المطالبة بها[٣]؛ قال الأصحاب: لا يؤخذ له.

ثمَّ منهم من علَّل: بأنَّه لا يتحقَّق وجوده.

ومنهم من علَّل: بانتفاء ملكه.

ويتخرَّج وجه آخر: بالأخذ له بالشُّفعة؛ بناء على أنَّ له حكمًا وملكًا.

ومنها: اللِّعان على الحمل، وفيه روايتان ذكرهما القاضي في «خلافه»، وفي كتاب «الرِّوايتين»:

إحداهما: لا يصحُّ نفيه ولا الالتعان عليه؛ لأنَّه غير متحقِّق[٤]، نقلها أبو طالب ونقلها حنبل[٥] والميمونيُّ عن أحمد؛ وعلَّل باحتمال كونه ريحًا[٦]، وهذا هو المذهب عند الأصحاب.

---

(١) في (ب): قسمة.

(٢) في (ب) وبقية النسخ: موروثه.

(٣) قوله: (بها) سقط من (ب) و(د) و(هـ).

(٤) قوله: (لأنه غير متحقق) سقط من (أ).

(٥) في (ب): وحنبل.

(٦) ذكر القاضي في الروايتين والوجهين (٢/ ١٩٥)، الروايات الثلاث عن أحمد، قال: =

والثَّانية: يلاعن بالحمل، نقلها ابن منصور عن أحمد(١)، قال الخلَّال: (هو قولٌ أوَّل)، وذكر النَّجَّاد(٢): أنَّه هو(٣) المذهب، واختاره صاحب «المغني»، وقد ثبت عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه نفى الولد عن المتلاعنين وكان حملًا(٤).

= (نقل أبو طالب والميموني وغيره: لا يلاعن بالحمل، لعله من علة ثم ينفش)، ثم قال: (قال أبو بكر الخلال: روى الجماعة؛ حنبل وأبو طالب وغيره: لا يلاعن بالحمل).

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٤/ ١٦٩٦): قلت: العبد إذا تزوج الحرة أو الأمة، أو الحر اليهودية أو النصرانية؛ يلاعنها؟ قال أحمد: (كلا الزوجين يلاعن، إنما هي نفي الولد)، قال: (وإذا كان قاذفًا، فكانت حاملًا أو لم تكن؛ يلاعنها).
ونقل القاضي عن الخلال أنه اعترض على مدلول هذه الرواية فقال: (وعندي أن ما نقله إسحاق لا يدل على اللعان على الحمل؛ لأن قوله: (إذا كان قاذفًا، وكانت حاملًا أو لم تكن حاملًا؛ لاعنها) معناه: يلاعن لإسقاط الحد لا لنفي النسب؛ لأن اللعان وجوبه يتعلق بوجود الحمل، والحمل غير متيقن؛ لأنه يجوز أن يكون في جوفها ريح أو علة فيتوهم أنه حمل، فلم يجز إيجاب اللعان بالشك).
وقد جاء في مسائل ابن منصور ما يشير إلى ذلك (٤/ ١٨٦٢)، قال: قلت: سئل سفيان عن رجل قال لامرأته: ما في بطنك ليس مني؟ تترك حتى تضع. قال أحمد: (نعم، إذا وضعت إن نفاه لاعنها، وإن ادعاه فالولد ولده).

(٢) هو أبو بكر أحمد بن سلمان بن الحسن بن إسرائيل النجاد الحنبلي البغدادي، شيخ العراق، سمع من جماعة من أصحاب أحمد؛ كابنه عبد الله، وأبي داود، وإبراهيم الحربي وغيرهم، وأخذ عنه: غلام الخلال والخرقي وغيرهما، توفي سنة (٣٤٨هـ).
ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ٧، سير أعلام النبلاء ١٥/ ٥٠٢.

(٣) قوله: (هو) سقط من (أ) و(ج) و(و).

(٤) قوله: (وقد ثبت عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه نفى الولد عن المتلاعنين، وكان حملًا) سقط من =

وعلى هذا الخلاف يخرَّج صحَّة استلحاق الحمل والإقرار به؛ لأنَّ لحوق النَّسب أسرع ثبوتًا من نفيه.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن القاسم: أنَّه لا يلزم الإقرار به، وهو متنزِّل على قوله: إنَّه لا ينتفي باللِّعان عليه[1].

ومنها: وجوب الغرَّة[2] بقتله إذا ألقته أمُّه ميتًا من الضرب، وهو ثابت بالسنة الصحيحة، وقد أنكر النبي ﷺ على من اعترض[3] على ذلك معلِّلًا بأنَّه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصَّة من الأكل والشُّرب والاستهلال، وأن ذلك يقتضي إهداره، ونسبه إلى أنَّه من إخوان الكهَّان؛ حيث تكلَّم بكلام مسجع باطل في نفسه[4].

= (ب) و(ج) و(د) و(هـ).

والحديث أخرجه مسلم (١٤٩٢) من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه في ملاعنة عويمر العجلاني لامرأته، قال سهل: «فكانت حاملًا، فكان ابنها يدعى إلى أمه، ثم جرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض الله لها».

(١) ذكر القاضي في الروايتين والوجهين (٢/ ١٩٦): أن أحمد قال في رواية ابن القاسم: (إذا أقر بحمل ثم رجع بعد الولادة أو قبل؛ لاعن بعد أن تضع، فأما إن ولدته فأقر به لم أقبل رجوعه أبدًا).

(٢) الغرة: العبد أو الأمة، وأصل الغرة: البياض الذي يكون في وجه الفرس، ومعناه عند الفقهاء: ما بلغ ثمنه نصف عشر الدية من العبيد والإماء. ينظر: النهاية في غريب الحديث ٣/ ٣٥٣.

(٣) في (ب): أعرض.

(٤) أخرجه البخاري (٥٧٥٨)، ومسلم (١٦٨١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قضى في امرأتين من هذيل اقتتلتا، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فأصاب بطنها وهي حامل، فقتلت ولدها الذي في بطنها، فاختصموا إلى النبي ﷺ، =

والعجب كلُّ العجب ممن يدعي التَّحقيق ويرتضي لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول: القياس يقتضي إهداره.

وليس[(١)] كما ظنَّه؛ فإن هذا الجنين إمَّا أن يكون صادفه الضَّرب وفيه حياة، أو يكون ذلك قبل وجود الحياة فيه، ولا يجوز أن يكون قد فارقته الحياة؛ لأنَّه لو مات لم يستقرَّ في البطن، وحينئذ؛ فالجاني إمَّا أن يكون قتله، أو منع انعقاد حياته؛ فيضمنه[(٢)] بالغرَّة؛ لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرَّة لتفويت انعقادهم أرقَّاء، ولم يضمنوا كمال الدِّية والقيمة.

وأيضًا؛ فإنَّ دلائل حياته وسقوطه ميتًا عقيب الضَّربة؛ كالقاطع بأنَّها هي التي قتلته، ولعلَّ ذلك الظَّنَّ فوق مرتبة[(٣)] اللَّوث[(٤)] الموجب للقسامة.

وإن ماتت أمُّه قبله؛ فموتها سبَّب قتله بالاختناق وفقد التَّغذي،

= «فقضى: أن دية ما في بطنها غرة عبد أو أمة»، فقال ولي المرأة التي غرمت: كيف أغرم يا رسول الله من لا شرب ولا أكل، ولا نطق ولا استهل، فمثل ذلك يطل، فقال النبي ﷺ: «إنما هذا من إخوان الكهان».

(١) في (ب): ليس.

(٢) في (ب) و(د): فضمنه.

(٣) في (ب): مرتبة فوق.

(٤) قال في تحرير ألفاظ التنبيه (ص٣٣٩): (اللَّوْث- بفتح اللام وإسكان الواو -: وهو قرينة تقوي جانب المدعي وتغلب على الظن صدقه، مأخوذ من اللوث، وهو القوة).

وذلك يوجب الضَّمان.

ولا يشترط الانفصال إلَّا لثبوت الضَّمان في الظاهر، فلو ماتت الأمُّ وجنينها؛ وجب ضمانهما، لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال[(١)]؛ قال في امرأة قُتلت وهي حامل[(٢)]: (إذا لم يُلْقَ الجنينُ؛ فليس فيه شيء)[(٣)].

قال القاضي والأصحاب: يكفي أن يظهر منه يد أو رجل، أو يكون[(٤)] قد انشقَّ جوفها فشوهد الجنين وإن لم ينفصل؛ لأنَّ العلم بحاله يحصل بذلك.

وقال أحمد في رواية أبي طالب: (إذا[(٥)] كان الجنين في بطن أمِّه، فقتلت الأمُّ ومات الجنين؛ فعلى العاقلة دية الأمِّ ودية الجنين)، ولم يَشترِط له[(٦)] الانفصال.

ولو ماتت امرأة، وشوهد بجوفها حركة، ثمَّ عُصر جوفها، فخرج الجنين ميتًا؛ فهل يضمنه العاصر؟ على احتمالين ذكرهما القاضي

---

(١) في (ب): الانتقال.

(٢) قوله: (قال في امرأة قتلت وهي حامل) سقط من (ب).

(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٧/ ٣٥٦٤)، ولفظه: (قلت: إذا قتلت المرأة عمدًا أو خطأ وهي حامل؟ قال أحمد: إذا لم تلق الجنين فليس فيه شيء، وأما إذا ألقت الجنين ميتًا ففيه غرة، وإذا ألقته حيًّا ثم مات ففيه الدية).

(٤) في (ب): يكون في امرأة.

(٥) في (ب): إذا قتلت وهي حامل.

(٦) قوله: (له): سقط من (ب) و(و).

وأبو الخطَّاب في «خلافهما»:

أحدهما: يضمنه؛ لأنَّ[(١)] الظَّاهر أنه مات بجناية العصر.

والثَّاني: لا يضمن؛ لأنَّه ينخنق[(٢)] بموت أمه؛ فلا تبقى حياته بعدها.

وهل يختصُّ الضَّمان بجنين الآدميَّة، أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات؟

ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص؛ لأنَّ ضمان الجنين الميت على خلاف القياس، قالوا: وإنَّما يجب ضمان ما نقص من أمِّه بالجناية، ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور[(٣)].

وقال أبو بكر: يجب ضمان جنين البهائم بعُشر قيمة أمِّه؛ كجنين الأمة.

وقياسه: جنين الصيد في الحرم والإحرام، والمشهور: أنَّه يضمن بما نقص أمَّه أيضًا؛ لأنَّ غير الأدميِّ لا يُضمن بمقدَّر، وإنَّما يُضمن بما نقص.

ولو ألقت البهيمة بالجناية جنينًا حيًّا ثمَّ مات؛ فاحتمالان ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرَّهن:

أحدهما: يضمن قيمة الولد حيًّا لا غير.

---

(١) في (أ): لأنَّه.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): يتحقَّق. وفي (ج): منخنق. وزاد في (هـ): موته.

(٣) جاء في مسائل ابن منصور (٧/ ٣٤٦٠): قلت: جنين الدابة؟ قال: (قدر ما ينقص).

والثَّاني: عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأمُّ.

وكذلك ذكر صاحب «المغني» في الأمة إذا أسقطت الجنين: هل يجب ضمانه فقط، أو يجب معه ضمان نقصها، أو ضمان أكثر الأمرين؟ ثلاثُ احتمالات.

والمذهب هو الأوَّل، ولم يذكر القاضي سواه.

وخرَّج الشيخ مجد الدين: أنَّ جنين الأمة يُضمن بما نقصت أمُّه لا غير؛ بناءً على قولنا: إنَّ[١] الرقيق لا يضمن بمقدَّر، بل بما نقص بكلِّ حال.

ولو قتل صيدًا ماخضًا؛ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يفديه بمثله من النَّعم ماخضٍ، وهو قول أبي الخطاب.

والثَّاني: يفديه بقيمة مثله؛ لأنَّ لحم الماخض يفسد، فقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه، وهو قول القاضي.

والثَّالث: يجزئه أن يفديه بمثله غير ماخض؛ لأنَّ هذه الصَّفة عيب في اللَّحم، فلا تعتبر في المثل كسائر العيوب، ذكره في «المغني» احتمالًا.

ومنها: هل يوصف قتل الجنين بالعمديَّة أم لا؟

قال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة شربت دواء، فأسقطت: (إن كانت تعمَّدت؛ فأحبُّ إليَّ أن تعتق رقبة، وإن سقط حيًّا ثمَّ مات؛ فالدِّية على عاقلتها لأبيه، ولا يكون[٢] لأمِّه شيء؛ لأنَّها القاتلة)، قيل

---

(١) في (ب): قوله؛ لأن.

(٢) في (ب): تكون.

له: فإن شربت عمدًا؟ قال: (هو شبه العمد، شربت ولا تدري تُسقِط أم لا؟ عسى لا تُسقِط، الدِّية على العاقلة)(١).

والظَّاهر أنَّه لم يجعله عمدًا؛ للشَّكِّ في وجوده، لا للشَّكِّ في الإسقاط بالدَّواء؛ لأنَّه قد يكون الإسقاط به معلومًا؛ كما أنَّ القتل بالسُّمِّ ونحوه معلومٌ.

ومن هذه الرِّواية أخذ الأصحاب رواية وجوب الكفَّارة بقتل العمد، ولا يصحُّ ذلك؛ فإنَه صرَّح بأنَّه ليس بعمد، وإنَّما هو شبه عمد.

ومنها: عتق الجنين؛ هل ينفذ من حينه، أو يقف على خروجه حيًّا؟ في المسألة روايتان:

إحداهما: ينفذ من حينه، وهو المذهب.

والثَّانية: لا يعتق حتَّى تضعه حيًّا، نصَّ عليها(٢) في رواية ابن منصور؛ قال(٣): (لا يجب العتق إلَّا بالوِلاد(٤)، هو عبد حتَّى يُعلم أنَّه حيٌّ أو ميت)(٥).

وكذلك الخلاف إذا عتق تبعًا لعتق أمِّه، أو بملكه ممَّن يعتق عليه برحم.

ويتفرَّع على هذا الأصل فروع:

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٧/ ٣٣٧٨).
(٢) في (أ): عليه. وفي (ج): عليهما.
(٣) في (ب) و(ج): وقال.
(٤) قال في تاج العروس (٩/ ٣٢٥): (ولدت المرأة، تلد ولادًا وولادة).
(٥) ينظر: مسائل ابن منصور (٧/ ٣٦٠٢).

الفرع الأوَّل: لو زوَّج ابنه بأمته، فولدت ولدًا بعد موت الجدِّ سيِّد الأمة.

فإن قلنا: يعتق الحمل؛ فقد عتق على جدِّه، نصَّ عليه أحمد في رواية أبي طالب وصالح.

وإن قلنا: لا يعتق حتَّى توضع؛ فهو تركة موروثة عن سيِّده؛ فيرث منه أبوه وأعمامه بقدر حصصهم، ويعتق عليهم بالملك، نصَّ عليه أحمد في رواية المروذيِّ، وهذا لأنَّا وإن قلنا: ليس للحمل حكم؛ فالمعنى: أنَّه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلِّين، وإلَّا فهو موجود حقيقة، ومودع في أمِّه، فالملك فيه قائم.

وطرد القاضي وابن عقيل الخلاف في ثبوت ملكه أيضًا، وذكرا في الوصايا: أنَّه لو وصَّى بأمة لزوجها وهي حامل منه فولدت، فإن قلنا: للحمل حكم؛ فهو موصى به معها يتبعها في الوصيَّة، وإن قلنا: لا حكم له؛ لم يدخل في الوصيَّة، وكان ملكًا لمن ولدته في ملكه؛ لأنَّه حينئذ ثبت له حكم بظهوره.

فإن ولدته في حياة الموصي؛ فهو له، أو بعد موته وقبل القبول[(١)]؛ فهو لمن حكمنا له بالملك[(٢)] في تلك الحال، على الخلاف فيه، وإن ولدته بعد قبوله؛ فهو له ويعتق عليه.

(١) قوله: (وقبل القبول) سقط من (ب).

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): بالملك له.

وهذا يقتضي ههنا: أنَّا إذا قلنا: لا حكم للحمل ولا يعتق على جدِّه، فمات الجدُّ ووضع بعد موته: أنَّه(١) إن كان وضعه بعد القسمة؛ فهو ملك لمن حصلت الأَمَة له، وإن كان قبل القسمة؛ فهو مشترك بينهم، لا لأنَّه موروث لهم عن أبيهم، بل لأنَّه نماء ملكهم المشترك.

فظهر بهذا أنَّ للأصحاب(٢) في معنى كون الحمل له حكم أو لا حكم له، طريقين:

أحدهما: أنَّه هل هو كجزء من أجزاء أمِّه، أو كالمعدوم وإنَّما يحكم بوجوده بالوضع؟

والثَّاني، وهو المنصوص: أنَّه مملوك منفصل عن أمِّه ومودع فيها، ولكن هل يثبت له حكم الولد المستقلِّ بدون انفصاله، أو لا يثبت له ذلك حتَّى ينفصل؟

الفرع الثَّاني: إذا أعتق الأمة الحامل؛ عتق حملها معها، ولكن هل يقف عتقه على انفصاله، أو يعتق من حين عتق أمه على ما تقدم؟.

وقياس ما ذكره القاضي وابن عقيل: أنَّه لا يعتق بالكليَّة[١]؛ إذ هو كالمعدوم قبل الوضع.

وهو بعيد جدًّا، فإنَّ أسوأ ما يقدَّر في الحمل أنَّه ورد عليه العتق في حالٍ مَنع من نفوذه مانع، فوقف على زواله؛ كعتق المريض لكلِّ رقيقه؛

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لا من حينه ولا موقوفًا على انفصاله حيًّا).

---

(١) قوله: (أنَّه) سقط من (أ) و(و) و(ن).

(٢) زاد في (أ): له.

فإنَّه يقف على إجازة الورثة، ومن أصلنا أنَّ العتق قبل الملك يصحُّ تعليقه عليه على ظاهر المذهب، فإن كان أصله موجودًا في ملكه؛ صحَّ تعليقه بغير خلاف عند المحقِّقين؛ كمن قال لأمته: كلُّ ولد تلدينه حرٌّ، وهذا المعتِق قد باشر بالعتق أمتَه وحَمْلُها متَّصلٌ بها؛ فوقف نفوذ عتقه على صلاحيَته للعتق(١) بظهوره.

وقد صرَّح القاضي في «خلافه» بأنَّه لو أُعتق الحمل وكان عَلَقة؛ عتق وإن لم يكن مملوكًا حينئذ؛ نظرًا إلى هذا المعنى، والله أعلم[١].

الفرع الثَّالث: أَعتق الأمة واستثنى حملها؛ صحَّ وكان الولد رقيقًا، نصَّ عليه في رواية جماعة(٢)، وتوقَّف فيه في رواية ابن الحكم.

وخرَّج ابن أبي موسى والقاضي: أنَّه لا يصحُّ استثناؤه؛ بناءً على أنَّه كجزء من أجزائها.

وخرَّجوه أيضًا من عدم صحَّة استثنائه في البيع، ولا يصحُّ؛ لأنَّ البيع تنافيه الجهالة، بخلاف العتق.

---

[١] كتب على هامش (ج) و (و) و (ن): (ويحصل له الملك وإن كان علقة، ذكره صاحب المغني في الروضة)، زاد في (ن): (من هامش النسخة المعتمدة).

---

(١) في (ب): صلاحية العتق.

(٢) جاء في رواية ابن منصور (٦/ ٢٧٢١): (قلت: الأمة تباع ويُستثنى ما في بطنها؟ قال: إذا علم أنه ولد فله ثنياه، وكذلك إذا أعتقها واستثنى ما في بطنها: فهو جائز).

الفرع الرَّابع: أَعتق الموسر أمة له، حملُها لغيره؛ فهل يعتق بالسِّراية أم لا؟

إن قلنا: إنَّه يستقلٌّ[١] بنفسه؛ لم يسرِ إليه العتق، وإنَّما دخل مع الأمِّ إذا كان مملوكًا لمالكها تبعًا لاتِّصاله بالأم واجتماعهما في ملكه، كما يتبع الطَّلع المؤبَّر للنَّخل في العقد إذا كان ملكًا لمالكها، ولا يتبع إذا كان ملكًا لغيره، وهو[٢] اختيار السَّامريِّ وصاحبي «التَّلخيص» و«المحرر».

وقال القاضي، والشريف أبو جعفر، وأبو الخطَّاب: يعتق، ويضمنه لمالكه؛ بناء على أنَّه كجزء منها.

الفرع الخامس: لو أعتق الحمل وحده نفذ، وهل يعتق من حينه، أو يقف على خروجه حيًّا؟ مبنيٌّ على ما سبق.

وأشار القاضي وابن عقيل في ديات الأجنَّة إلى خلافٍ لنا في صحَّة عتقه وحده؛ بناء على أنَّه كالمعدوم، وهو ضعيف.

وقياس قول من قال: (هو كجزء منها): أن يسري عتقه إليها، وهو ضعيف أيضًا.

وينبني على هذا الفرع: لو ضرب بطن أمة حامل، فأعتق السَّيِّد حملها بعد الجناية، أو أعتقه السَّيِّد، ثمَّ جُنِيَ عليه، ثمَّ انفصل ميتًا أو انفصل حيًّا، ثم مات عقيب الانفصال، فهذا مبنيٌّ[٣] على أنَّ العتق هل

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: مستقل.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: وهذا.

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): ينبني.

حصل قبل الانفصال، أو لم يحصل إلَّا بعده؟

وعلى[(١)] أصل آخر، وهو إذا جَرح رقيقًا، ثمَّ عَتق، فسرى إلى نفسه، فمات؛ هل يضمنه بدية حرٍّ، أو بقيمة عبد؟ على روايتين.

فإذا عُلم هذا؛ فههنا صور أربعة:

أحدها: أن يُجنى عليه، ثمَّ يعتق، ثمَّ ينفصل ميتًا؛ فينبني على أنَّ العتق هل حصل له حال كونه حملًا أم لا؟

فإن قلنا: لم يحصل له العتق[(٢)]؛ وجب ضمانه بضمان جنين مملوك عُشر قيمة أمِّه.

وإن قلنا: قد عتق؛ انبنى على الخلاف في اعتبار الضَّمان بحال السِّراية أو الجناية؟ فإن قلنا: الاعتبار بحال الجناية؛ فكذلك، وإن قلنا: بحال السِّراية؛ ففيه غرَّة ضمان جنين حرٍّ.

وقيل[(٣)]: يضمنه ضمان رقيق وجهًا واحدًا، كذلك ذكر القاضي وابن عقيل؛ إذ لم يتحقَّق عتقه؛ لجواز تلفه قبله.

وحكيا أيضًا فيما لو أعتق الأمَّ بعد الجناية ثمَّ ألقت جنينها: وجهين مخرَّجين من الاختلاف في اعتبار حال[(٤)] السِّراية أو الجناية، والفرق بينهما غير متوجِّه.

---

(١) في (ب) و(د): على.
(٢) في (ب): العتق حينئذٍ.
(٣) قوله: (وقيل) سقط من (ب).
(٤) في (ب) و(د) و(هـ): حالة.

الصَّورة[١] **الثَّانية**: إن يُجنى عليه، ثمَّ يعتق، ثمَّ ينفصل حيًّا، ثمَّ يموت؛ فقد حصل له العتق بغير خلاف؛ فينبني على الخلاف في اعتبار الضَّمان؛ هل هو بحالة السِّراية، أو الجناية كما تقدَّم؟

وفي «مسوَّدة شرح[٢] الهداية»: يضمنه بدية حرٍّ رواية واحدة، وهو سهو.

الصُّورة الثَّالثة: أن يعتق أوَّلًا، ثم يُجنى عليه، ثمَّ ينفصل حيًّا؛ فيجب ضمانه بدية حرٍّ إن قلنا: عتق وهو حمل.

وإن قلنا: لم يعتق إلَّا بعد الانفصال، انبنى على الخلاف في اعتبار الضَّمان؛ هل هو بحالة الجناية أو السِّراية.

فإن قلنا: بحالة السِّراية؛ ضمنه بدية حرٍّ، وإلَّا ضمنه ضمان رقيق.

وظاهر كلام صاحب «المحرر»: أنَّه يجب ضمانه بدية حرٍّ وجهًا واحدًا؛ لأنَّ الجناية وقعت بعد العتق المباشر، ووجد الموت بعد النُّفوذ، وفيه نظر.

والأظهر: أنَّه كمن جُنِيَ عليه بعد التعليق ثمَّ مات بعد وجود الصِّفة.

والصُّورة الرَّابعة: أن يعتق، ثمَّ يُجنى عليه، ثمَّ ينفصل ميتًا، فإن قلنا: عتق وهو حمل؛ ضمنه ضمان جنينٍ حرٍّ[٣].

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): والصُّورة.
(٢) قوله: (شرح) سقط من (ب).
(٣) في (أ) و (و): الحر. مكان قوله: (جنين حر).

وإن قلنا: لم يعتق؛ ضمنه ضمان جنينٍ رقيقٍ، ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور؛ معلِّلًا بأنَّه لم يعتق بعد[١].

وفي «الخلاف الكبير» و«المحرر»: أنَّ حربًا نقل ذلك أيضًا عن أحمد[٢].

وليس كذلك، وإنَّما حكاه أحمد في روايته عن الزُّهريِّ، وقال: ما أدري كيف وجهُه؟

وقال القاضي وابن عقيل: إذا قلنا: لا يصحُّ عتق الحمل؛ فوجوده كالعدم في جميع هذه الصُّور، وهو ضعيف كما سبق.

ومنها: ورود العقود على الحامل؛ كالبيع والهبة والوصيَّة والإصداق؛ قال القاضي وابن عقيل: إن قلنا: للحمل حكم؛ فهو داخل في العقد، ويأخذ قسطًا من العوض، وإن قلنا: لا حكم له؛ لم يأخذ قسطًا، وكان بعد وضعه حكمه حكم النَّماء المنفصل[٣]، فلو رُدَّت

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٧/ ٣٦٠٢): قلت: قال الزهري في رجل أعتق ما في بطن جاريته، فضربها رجل فوقع ميتًا: ديته دية المملوك. قال سفيان: وكذلك نقول. قال أحمد: (لا يجب عليه العتق، إلا بالولادة، وهو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت).

(٢) ذكر القاضي رواية حرب أيضًا في الروايتين والوجهين (٢/ ٢٩٠): قيل له: رجل أعتق ما في بطن أمه، فأعتقت، فأسقطت جنينًا. قال: (فيه دية مملوك)، قال أحمد: (لا يجب العتق إلا بالولادة، وهو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت). قيل له: إذا ضربها فأسقطت حيًّا ثم مات؟ قال: (هذا حر، عليه دية حر كاملة)، وذكرها في المحرر (٢/ ١٤٧).

(٣) في (أ): المتصل.

العين بعيب أو إفلاس أو طلاق، فإن قلنا: له حكم؛ ردَّ مع الأصل، وإلَّا كان حكمه حكم النَّماء.

وقياس المنصوص عن أحمد في الحمل: أنَّه لا يعتق، وأنَّه تركة موروثة؛ يقتضي أنَّ حكمه حكم الأجزاء، لا حكم الولد المنفصل؛ فيجب ردُّه مع العين وإن قلنا: لا حكم له؛ إذ المراد بذلك: أنَّه لا يثبت له حكم الأولاد؛ لا أنَّه معدوم، وهذا أصحُّ، وهو ظاهر كلام الأكثرين في مسألة الفلس.

ولا فرق بين ما يعتبر له القبض من العقود؛ كالرَّهن والهبة وغيرها[(١)]، وما لا يعتبر قبضه ويحصل قبضه تبعًا لأمِّه، ذكره القاضي في «خلافه».

ويتخرَّج على هذا الأصل: مسألة اشتراط الحمل في المبيع[(٢)]، والسَّلم في[(٣)] الحيوان الحامل، وغير ذلك.

ومنها: جنين الدَّابَّة المذكَّاة؛ هل يحكم بذكاته معها قبل الانفصال أم لا؟

قال ابن عقيل في «فنونه»: لا يحكم بذكاته إلَّا بعد الانفصال.

وظاهر كلام أحمد خلافه؛ فإنَّه قال: (هو ركن من أركانها)[(٤)]،

(١) قوله: (وغيرها) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ).
(٢) في (أ) و(هـ): البيع.
(٣) قوله: (والسَّلم في) هو في (ب): وفي.
(٤) جاء في مسائل أبي داود (ص ٣٤١): (سمعت أحمد قال: لا بأس بالجنين أشعر أو لم يشعر، ما أحسن ما قال إبراهيم: إنما هو ركن من أركانه).

وفرَّق بين الجنين والولد المنفصل: بأنَّ الجنين فيه غرَّة، والولد فيه الدِّية؛ فعلم أنَّه ليس له حكم الأولاد، وهذا يرجِّح أنَّه جزء من الأم، وأنَّ تذكيته تابع لتذكيتها.

وأمَّا إن قيل: إنَّه ولد مستقل؛ ففيه نظر[1]، وقد ينبني على ذلك أنَّه هل يجب إراقة دمه إذا خرج أم لا؟

وكلام أحمد في ذلك يدلُّ على روايتين، وأكثر النُّصوص عنه تدلُّ على الاستحباب فقط، وفي بعضها ما يشعر بالوجوب، وهذا ينزع إلى أنَّه ولد مستقلٌّ، لكن عفي عن موته بغير تذكية؛ لاتِّصاله بأمه عند تذكيتها، ثم وجب سفح دمه ليحصل مقصود التَّذكية فيه.

ومنها: إذا ماتت الحامل وصلَّى عليها؛ هل ينوي الصَّلاة على حملها؟

قال ابن عقيل في «فنونه»: لا؛ وعلَّل بالشَّكِّ في وجوده، وهذا متوجِّه على القول بأنَّه كالمعدوم قبل الانفصال، وعلى القول بأنَّه كالجزء من الأمِّ أيضًا.

وأمَّا إن قيل: بأنَّه ولد مستقلٌّ؛ فيه نظر.

وقد يقال: شرط ثبوت الأحكام له؛ ظهوره، ولم يوجد، فهذا متوجِّه.

---

(١) في (أ) و(و): فيه نظر.

قاعدة [٨٥]

الحقوق خمسة أنواع:

أحدها: حقُّ ملك، كحقِّ السَّيِّد في مال المكاتب، ومال القنِّ إذا قلنا: يملك بالتَّمليك، وكذلك ما[(١)] يمتنع إرثه لمانع؛ كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالمحرِمِ إذا مات موروثه وفي ملكه صيد على أحد الوجهين.

الثَّاني[(٢)]: حقُّ تملك؛ كحقِّ الأب في مال ولده، وحقِّ القابل للعقد إذا أوجب له، وحقِّ العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ما خرج[(٣)] عنه إلى ملكه، مع أنَّ في هذا شائبة من حقِّ الملك، وحقِّ الشَّفيع في الشقص.

وههنا صور مختلف فيها؛ هل يثبت فيها الملك، أو حقُّ التَّملُّك؟

فمنها: حقُّ المضارب في الرِّبح بعد الظُّهور وقبل القسمة، وفيه روايتان:

إحداهما: أنَّه ملكه بالظُّهور.

---

(١) قوله: (وكذلك ما) هو في (ج) و(د) و(هـ): وما. وقوله: (ما) سقط من (ب).

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): والثَّاني.

(٣) في (ب): يخرج.

والثَّانية(١): لم يملكه، وإنَّما ملك أن يتملَّكه، وهو حقٌّ متأكِّد حتى لو مات ورث عنه، ولو أتلف المالك المال؛ غرم نصيبه، وكذلك الأجنبيُّ.

ولو أسقط المضارب حقَّه منه:

فإن قلنا: هو ملكه؛ لم يسقط[١].

وإن قلنا: لم يملكه بعد؛ ففي «التَّلخيص» احتمالان:

أحدهما: يسقط؛ كالغنيمة.

والثَّاني: لا؛ لأن الربح ههنا(٢) مقصود وقد تأكد سببه، بخلاف الغنيمة، فإن مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله، لا المال.

ومنها: حقُّ الغانم في الغنيمة قبل القسمة، وفيه وجهان:

أحدهما - وهو المنصوص، وعليه جمهور الأصحاب -: أنَّه يثبت الملك فيها بمجرَّد الاستيلاء، لكن؛ هل يشترط الإحراز أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يشترط، وتملك بمجرد تقضِّي الحرب، وهو قول

---

[١] كتب على هامش (ن): (فائدة حسنة: وقد كان شيخنا قاضي القضاة محب الدين البغدادي رحمه الله يفتي فيمن يسقط حقه من شيء يملكه، كأن يقول: أسقطت حقي من هذا الثوب أو هذا المتاع؛ أنه لا يسقط، ومن هنا يؤخذ الحكم).

---

(١) في (ب): الثَّانية.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): هنا.

القاضي في «المجرد»، ومن تابعه على طريقته.

والثَّاني: يشترط، وهو قول الخرقيِّ وابن أبي موسى؛ كسائر المباحات، ورجَّحه صاحب «المغني».

فعلى هذا؛ لا يستحق منها[1] إلَّا من شهد الإحراز.

وأمَّا على الأوَّل؛ فاعتبر القاضي والأكثرون شهود آخر الوقعة، وقالوا: لا يستحقُّ من لم يشهده.

وفصَّل في «الأحكام السلطانية» بين الجيش وأهل المَدَد، فأما الجيش؛ فيستحقون بحضور جزء من الوقعة إذا كان تخلُّفهم عن الباقي لعذر؛ كموت الغازي أو كموت[2] فرسه، وأمَّا المدد، فيعتبر لاستحقاقهم شهود انجلاء الحرب، ونصَّ أحمد في رواية يعقوب بن بختان فيمن قتل في المعركة: تعطى ورثته نصيبه.

والوجه الثَّاني: لا يملك[3] الغنيمة إلَّا باختيار الملك، وهو اختيار القاضي في «خلافه».

فعلى هذا؛ إنما يثبت لهم حقُّ التملُّك كالشَّفيع، فمن مات منهم قبل اختيار التَّملُّك أو المطالبة؛ فلا حقَّ له، ذكره صاحب «الترغيب».

وظاهر كلام القاضي في «خلافه» في باب الشفاعة: أنَّ الحقَّ ينتقل إلى الورثة بدون القَبول والمطالبة، وإن قالوا: اخترنا القسمة؛ لزمت حقوقهم ولم تسقط بالإعراض، ذكره صاحب «التَّرغيب»، بخلاف ما

(١) في (ب) و(د) و(هـ): فيها.
(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): موت.
(٣) في (ب) و(ج) و(ن): تملك.

إذا أسقطوا حقوقهم قبل الاختيار؛ فإنَّه يسقط على الوجهين؛ لضعف الملك وعدم استقراره، ويصير فيئًا، فإن أسقط البعض دون البعض؛ فالكلُّ لمن لم يُسقط حقَّه.

ومنها: حقُّ من وَجَد ماله بعينه في المغنم قبل القسمة ممَّا ملكه الكفَّار بالاستيلاء عليه؛ فإنَّه يثبت له فيه حقُّ التَّملك عند الأصحاب.

وخرَّجه الشَّيخ تقيُّ الدِّين على الخلاف في حقِّ الغانمين(١).

ومنها: حقُّ الزوج في نصف الصداق[١] إذا طلَّق(٢) قبل الدخول؛ هل يثبت له فيه الملك قهرًا، أو يثبت له حقُّ التملك فلا يملك بدونه؟ فيه وجهان[٢].

والأوَّل هو المنصوص.

وعلى الثَّاني؛ فيكفي فيه المطالبة واختيار التَّملُّك على ظاهر كلام أبي الخطاب؛ كرجوع الأب.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ظاهر هذا: أن الخلاف ثابت، سواء كان الصداق باقيًا بصفته، أو قد زاد، أو نقص، وظاهر كلام المحرر: أن الخلاف خاص بما إذا كان باقيًا بصفته).

[٢] كتب على هامش (ن): (الصواب أن يقال: أن يكون مالكًا؛ لأن النزاع في الملك لا في اختصاص الملك به وبغيره).

---

(١) قال في الاختيارات (ص ٤٥٢): (والتحقيق: أنه فيه بمنزلة سائر الغانمين في الغنيمة، وهل يملكونها بالظهور أو بالقيمة؟ على وجهين).

(٢) في (أ): أطلق.

وزعم صاحب «الترغيب»: أنَّ هذا الخلاف مرتَّب على الخلاف في عفو الَّذي بيده عقدة النكاح؛ هل هو الزَّوج أو الوليُّ.

وليس كذلك، ولا يلزم من طلب العفو من الزَّوج أن يكون هو المالك، فإنَّ العفو يصحُّ عمَّا يثبت فيه حقُّ التَّملُّك؛ كالشفعة، وليس في قولنا: إنَّ الَّذي بيده عقدة النِّكاح هو الأب؛ ما يستلزم أنَّ الزوج لم يملك نصف المهر؛ لأنَّه إنَّما يعفو عن النِّصف المختصِّ بابنته، فأمَّا النِّصف الآخر؛ فلا تعرُّض لذكره بنفي ولا إثبات.

والعجب أنَّه حكى بعد ذلك في صحَّة عفو الزَّوج عن النِّصف - إذا قلنا: قد دخل في ملكه - وجهين.

والصَّحيح المشهور: أنَّه يصحُّ عفوه وإن كان مالكًا، كما يصحُّ عفو الزَّوجة مع ملكها، ثمَّ إن القرآن مصرِّح بذلك؛ فكيف يسوَّغ الخلاف فيه حينئذ[1]؟!

لكن إن كان الصَّداق دينًا؛ صحَّ الإبراء منه بسائر ألفاظ المبارأة، من الإبراء والإسقاط والهبة والعفو والصَّدقة والتَّحليل، ولا يشترط له قبول، وإن كان عينًا[2] وقلنا: لم يملكه، وإنَّما يثبت له حقُّ التَّملُّك؛ فكذلك.

وكذلك يصحُّ عفو الشفيع عن الشفعة، ذكره[3] القاضي وابن عقيل.

---

(١) قوله: (مصرِّح بذلك؛ فكيف يسوَّغ الخلاف فيه حينئذ) هو في (ب) و (ج) و (ن) و (د) و (هـ): بنص القرآن.

(٢) في (ب): غنيًّا.

(٣) في (ب): وذكره.

وإن قلنا: ملك نصف الصَّداق؛ صحَّ بلفظ الهبة والتَّمليك.

وهل يصحُّ بلفظ العفو؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصحُّ، قاله ابن عقيل.

والثَّاني: يصحُّ، قاله القاضي، ورجَّحه صاحب «المغني»، وهو الصَّحيح؛ لأنَّ عقد الهبة عندنا[(١)] ينعقد بكلِّ لفظ يفيد معناه، من غير اشتراط إيجاب ولا قبول بلفظ معيَّن.

وقال القاضي وابن عقيل: يشترط ههنا الإيجاب والقبول والقبض.

وحكى صاحب «الترغيب» في اشتراط القبول وجهين، والصَّحيح أنَّ القبض لا يشترط في الفسوخ؛ كالإقالة ونحوها، وصرَّح به[(٢)] القاضي في «خلافه».

وكذلك[(٣)] يصحُّ رجوع الأب في الهبة من غير قبض، وكذلك فسخ عقد الرَّهن وغيره.

ومنها: حقُّ الملتقط في اللُّقَطَةِ بعد حول التَّعريف، وفيه وجهان:

أشهرهما: أنَّه يثبت له الملك بغير اختياره، واختاره القاضي وقال: (إنَّه ظاهر كلام أحمد).

والثَّاني: لا يدخل حتَّى يختار، وهو اختيار أبي الخطَّاب؛ فيكون حقُّه فيها حقَّ تملُّك.

---

(١) قوله: (عندنا) سقط من (أ).

(٢) قوله: (به) سقط من (ب).

(٣) في (أ): ولذلك.

ومنها: الموصى له بعد موت الموصي، وفيه وجهان:

أحدهما: أنَّه يثبت له الملك، وقيل: إنَّه ظاهر كلام أحمد.

والثَّاني: إنَّما يثبت له حقُّ التملُّك بالقبول، وهو المشهور عند الأصحاب.

ومنها: من نبت في أرضه كلأ أو نحوه من المباحات، أو توحَّل فيها صيد أو سمك ونحوه؛ فهل يملكه بذلك؟ في المسألة روايتان معروفتان.

وأكثر النُّصوص عن أحمد تدل على الملك.

وعلى الرِّواية الأخرى إنَّما يثبت له[1] حقُّ التَّملك، وهو مقدم على غيره بذلك؛ إذ لا يلزمه أن يبذل من الماء والكلأ إلَّا الفاضل عن حوائجه.

ولو سبق غيره وحقَّق سبب الملك بحيازته إليه؛ فقال القاضي والأكثرون: يملكه.

وخرَّج ابن عقيل: أنَّه لا يملكه؛ لأنَّه سبب منهي عنه؛ فلا يفيد الملك.

ويشبه[2] هذا: الخلاف في الطَّائفة الَّتي تغزو بدون إذن الإمام؛ هل يملكون شيئًا من غنيمتهم أم لا؟

وقرَّر[3] القاضي في موضع من «خلافه» أنَّ الأسباب الفعليَّة تفيد

(١) قوله: (له) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ).

(٢) في (ب): وشبه.

(٣) في (ب): وفرَّق.

الملك وإن كانت محظورة؛ كأخذ المسلم أموال أهل الحرب غصبًا وإن دخل إليهم بأمان[١]، بخلاف القوليَّة.

وفي موضع آخر: صرَّح بخلاف ذلك، وأنَّه لا يملك به المسلم، وهو الصَّحيح من المذهب.

ومنها: متحجِّر الموات؛ المشهور: أنَّه لا يملكه بذلك.

ونقل صالح عن أبيه ما يدلُّ على أنه يملكه بذلك[٢].

وعلى الأوَّل؛ هو[٣] أحقُّ بتملكه بالإحياء، فإن بادر الغير وأحياه؛ ففي ملكه وجهان معروفان.

وهذا[٤] كلُّه فيمن انعقد له سبب التَّملُّك وصار التَّملُّك واقفًا على اختياره.

فأمَّا إن ثبتت له رغبة في التَّملُّك ووعد به ولم ينعقد السَّبب؛ كالمستام والخاطب إذا رُكن إليهما؛ فلا يجوز مزاحمتهما أيضًا، ولكن يصحُّ على المنصوص.

وخرَّج القاضي وجهًا بالبطلان من البيع على بيعه.

والفرق بينهما واضح؛ لأنَّ الحقَّ في البيع انعقد وأخذ به، ولا كذلك هنا، ولأنَّ المفيد للملك هنا العقد والمحرَّم سابق عليه؛ فهو

---

(١) قوله: (إليهم بأمان) هو في (ب): بأمان إليهم.

(٢) قوله: (بذلك) سقطت من (ب) وبقية النسخ.

وفي مسائل صالح (٣/ ١١٣): (وقال: من حجر أرضًا ليست لأحد؛ فهي له).

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(ن): فهو.

(٤) في (ب) و(د) و(هـ): هذا.

كاستيلاد الأب والشَّريك، يحصل به الملك بالعلوق لمَّا كان المحرم - وهو الوطء - سابقًا عليه.

النَّوع الثَّالث: حقُّ الانتفاع، ويدخل فيه صور:

منها: وضع الجار خشبه على جدار جاره إذا لم يضرَّ به؛ للنَّصِّ الوارد فيه[١].

ومنها: إجراء الماء في أرض غيره إذا اضطرَّ إلى ذلك في إحدى الرِّوايتين؛ لقضاء عمر رضي الله عنه به[٢].

قال الشَّيخ تقي الدين: (وكذلك إذا احتاج أن يجري ماءه في طريق مائه، مثل أن يجري مياه سطوحه أو غيرها في قناة لجاره، أو يسوق في

(١) وهو ما أخرجه البخاري (٢٤٦٣)، ومسلم (١٦٠٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره»، ثم يقول أبو هريرة: «ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم».

(٢) أخرج مالك (٢/ ٧١١)، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه: أن الضحاك بن خليفة ساق خليجًا له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني، وهو لك منفعة تشرب به أولًا وآخرًا، ولا يضرك، فأبى محمد، فكلَّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: «لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تسقي به أولًا وآخرًا، وهو لا يضرك»، فقال محمد: لا والله. فقال عمر: «والله ليمرن به ولو على بطنك»، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك. وصححه الألباني وقال: (سند صحيح على شرط الشيخين). ينظر: الإرواء ٥/ ٢٥٣.

قناة عذبة ماء ثمَّ يقاسمه جاره[١])[٢].

ولو وضع على النَّهر عبَّارة تجري فيها الماء؛ خرَّجها[٣] الأصحاب على الرِّوايتين[٤].

ونقل أبو طالب عن أحمد في قوم اقتسموا دارًا وكانت[٥] لها أربعة سطوح يجري الماء عليها، فلمَّا اقتسموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء للآخر عليه، وقال: هذا قد صار لي، وليس بيننا شرط؛ فقال أحمد: يردُّ الماء إلى ما كان عليه[٦]، وإن[٧] لم يشرط[٨] ذلك، ولا يضرُّ به.

وحمل طائفة من أصحابنا هذه الرِّواية على أنَّه يحصل عليه ضرر يمنعه من جريان الماء، وأنَّه يحتاج إلى أن ينقض[٩] سطحه ويستحدث له مسيلًا، فجعل له أن يجريه على رسمه الأوَّل كذلك كما يجري ماؤه

---

(١) هكذا في النسخ، والذي في مجموع الفتاوى: (جاز) مكان (جاره)، و(غدير) مكان (عذبة).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٠/ ١٧.

(٣) في (ب) و(ج) و(ن): فخرَّجها. وفي (هـ): خرَّجهما.

(٤) في (ب) و(ن): روايتين.

(٥) في (ب): كانت.

(٦) قوله: (عليه) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ)، وضرب عليها في (و).

(٧) في (ب): إن.

(٨) في (ب) و(هـ): يشترط.

(٩) في (أ) و(د) و(و): ينقل.

في أرض غيره لذلك[١]، أو يضع خشبه على جداره، كذا ذكره ابن عقيل وغيره.

وحمله بعضهم على أنَّ الدَّار إذا اقتسمت[٢] كانت مرافقها كلُّها باقية مشتركة بين الجميع كالاستطراق في طريقها، ولهذا قلنا: لو حصل الطَّريق في حصَّة أحد المقتسمين ولا منفذ للآخر؛ لم تصحَّ القسمة، وعلى هذا حمله صاحب «شرح الهداية».

وخرَّج صاحب «المغني» من مسألة أبي طالب وجهًا في مسألة الطَّريق بصحَّة القسمة وبقاء حقِّ الاستطراق فيه للآخر.

وبينهما فرق؛ فإنَّ الطَّريق لا يراد منه سوى الاستطراق؛ فالاشتراك فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص، بخلاف إجراء الماء على السَّطح؛ فإنَّه لا يمنع صاحب السَّطح من الانفراد بالانتفاع به بسائر وجوه الانتفاعات المختصَّة بالملك، والله أعلم.

ومنها: لو باع أرضًا فيها زرع يحصد مرَّة واحدة ولم يبدُ صلاحه، أو شجرًا عليه ثمر لم يبد صلاحه؛ كان ذلك مبقًّى في الشَّجر والأرض إلى وقت الحصاد والجداد بغير أجرة، ولو أراد تفريغ الأرض من الزَّرع لينتفع بها إلى وقت الجداد أو يُؤْجِرها؛ لم يكن له ذلك، كما لا يملك الجار إعارة غيره ما يستحقُّه من الانتفاع بملك جاره.

وكذلك لو باع زرعًا قد[٣] بدا صلاحه في أرض؛ فإنَّ عليه إبقاءه

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): للحاجة.
(٢) في (ب): انقسمت.
(٣) قوله: (قد) سقط من (ب) و(د) و(ج) و(هـ) و(ن).

إلى وقت صلاحه للحصاد.

فأمَّا إن باع شجرة؛ فهل يدخل مَنبتها في البيع؟ على وجهين، ذكرهما القاضي[١].

وحكي عن ابن شاقْلا: أنَّه لا يدخل، وأنَّ ظاهر(١) كلام أحمد الدُّخول؛ حيث قال فيمن أقرَّ بشجرة لرجل: هي له بأصلها[٢].

وعلى هذا؛ لو انقلعت؛ فله إعادة غيرها مكانها، ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقْلا؛ كالزَّرع إذا حصد؛ فلا يكون له(٢) في الأرض سوى حقِّ الانتفاع.

النَّوع الرَّابع: حقُّ الاختصاص، وهو عبارة عمَّا يختصُّ مستحِقُّه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته فيه، وهو غير قابل للتَّموُّل(٣) والمعاوضات.

ويدخل في ذلك صور:

---

[١] كتب على هامش (ن): (فإن قلنا: لا يدخل، فهل تبقى مجانًا، أي: بلا أجرة، أو بأجرة إذ مَغرسها للبائع؟ ظاهر كلام التلخيص والفروع: الأول، وصرح صاحب الرعاية: بالثاني).

[٢] كتب في هامش: (هـ): (قال في «الفروع»: ورواية ماهان: هي له بأصلها، فإن ماتت أو سقطت لم يكن له موضعها).

---

(١) في (ب): وأن الظَّاهر.

(٢) قوله: (له): سقط من (ب) و(د).

(٣) في (ب): الشُّمول.

منها: الكلب المباح اقتناؤه؛ كالمعلَّم لمن يصطاد به، فإن كان ممَّن لا يصطاد به، أو كان الكلب جِروًا يحتاج إلى التَّعليم؛ فوجهان.

ومنها: الأدهان المنجَّسة[١] المنتفع بها بالإيقاد وغيره على القول بالجواز.

فأمَّا نجسة العين؛ كدهن الميتة؛ فالمذهب المنصوص: أنَّه لا يجوز الانتفاع به[٢].

ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدلُّ على جوازه.[٣]

ومنها: جلد الميتة المدبوغ إذا قيل بجواز الانتفاع به في اليابسات.

فأمَّا ما لا يجوز الانتفاع به من النَّجاسات بحال؛ فلا يدَ ثابتةٌ عليه، وآية ذلك: أنَّه لا يجب ردُّه على من انتزعه ممَّن هو في يده، بخلاف ما فيه نفع مباح؛ فإنَّه يجب ردُّه.

نعم؛ لو غصب خمرًا، فتخلَّلت في يد الغاصب؛ وجب ردُّها، ذكره القاضي وابن عقيل والأصحاب؛ لأنَّ يد الأوَّل لم تَزُل عنها بالغصب؛ فكأنَّها تخلَّلت في يده.

واختلفت عبارات الأصحاب في زوال الملك بمجرَّد التَّخمُّر؛ فأطلق الأكثرون الزَّوال؛ منهم القاضي وابن عقيل.

وظاهر كلام بعضهم: أنَّ الملك لم يزل، ومنهم صاحب «المغني»

---

(١) في (أ) و (و): النجسة.

(٢) في (أ): بها.

(٣) جاء في مسائل ابن منصور: (٨/ ٣٩٩٤): (قلت: تطلى السفن بشحم الميتة؟ قال: إذا كان لا يمسه بيده، يأخذ بعود).

في كتاب الحجِّ، وفي كلام القاضي ما يدلُّ عليه.

وبكلِّ حال؛ فلو عادت خلًّا؛ عاد الملك الأوَّل بحقوقه من ثبوت الرَّهنيَّة وغيرها، حتَّى لو خلَّف خمرًا ودينًا، فتخلَّلت الخمر؛ قُضي دينه منه، ذكره القاضي في «المجرَّد» في الرَّهن.

وذكر هو وابن عقيل أيضًا فيه: لو وهب الخمر وأقبضها، أو أراقها فجمعها آخر، فتخلَّلت في يد الثَّاني؛ فهل هي ملك له أو للأوَّل؟ على احتمالين، وفرَّقا بين ذلك وبين الغصب[١]: بأنَّ الأوَّل زالت يده عنها بالإراقة والإقباض، وثبتت يد الثَّاني، بخلاف الغصب.

ورجَّح صاحب «المغني»: أنَّ الرَّهن لا يبطل بتخمير العصير.

وهذا كلُّه يدلُّ على ثبوت اليد على الخمر؛ لإمكان عودها مالًا.

ومنها: مرافق الأملاك؛ كالطُّرق والأفنية ومسيل المياه[٢] ونحوها؛ هل هي مملوكة، أو يثبت فيها حقُّ الاختصاص؟ في[٣] المسألة وجهان:

أحدهما: ثبوت حقِّ الاختصاص فيها من غير ملك، وبه جزم القاضي وابن عقيل في باب إحياء الموات وفي الغصب، ودلَّ عليه نصوص أحمد فيمن حفر في فنائه بئرًا: أنَّه متعدٍّ بحفره في غير ملك[٤].

---

(١) في (ب): الغاصب.

(٢) في (ب): الماء.

(٣) في (ب) و(د): وفي. وفي (ن): ففي

(٤) قال القاضي في الأحكام السلطانية (ص ٢٢٥): (وقال في رواية الحسن بن ثواب، فيمن حفر بئرًا في فنائه فعطب رجل، يعني بها: لزمه).

وطرد القاضي ذلك حتَّى في حريم البئر، ورتَّب عليه أنَّه لو باعه الأرض بفنائها؛ لم يصحَّ البيع؛ لأنَّ الفناء لا يختصُّ به، إذ استطراقه عامٌّ، بخلاف ما لو باع بطريقها.

وأورد ابن عقيل احتمالًا: بصحَّة البيع بالفناء؛ لأنَّه من الحقوق، فهو كمسيل المياه.

والوجه الثَّاني: الملك، وصرَّح به الأصحاب في الطُّرق، وجزم به في الكلِّ صاحب «المغني»، وأخذه من نصِّ أحمد والخرقيِّ على ملك حريم البئر[١].

ومنها: مرافق الأسواق المتَّسِعة الَّتي يجوز البيع والشِّراء فيها؛ كالدَّكاكين المباحة ونحوها؛ فالسَّابق إليها أحقُّ بها.

وهل ينتهي حقُّه بانتهاء النَّهار، أو يمتد إلى أن ينقل قماشه عنها؟ على وجهين، وظاهر كلام أحمد في رواية حرب: الأوَّل؛ لجريان[٢] العادة بانتفاء[٣] الزِّيادة عليه[٤].

وعلى الثَّاني: لو[٥] أطال الجلوس؛ فهل يُصرف أم لا؟ على

(١) جاء في مسائل عبد الله (ص ٣١٥): (سمعت أبي يقول في حديث النبي ﷺ: "من أحيا أرضًا ميتة": إذا حفر فيها بئرًا فله حريمها).

(٢) في (ب) و(و): بجريان.

(٣) في (ب): بانتقال.

(٤) قال القاضي في الأحكام السلطانية (ص ٢٢٦): (قال في رواية حرب، وقد سئل عن الرجل يسبق إلى دكاكين السوق، فقال: إذا لم يكن لأحد فمن سبق إليه غدوة فهو له إلى الليل. قال: وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى).

(٥) في (ب) و(د) و(هـ): فلو.

وجهين؛ لأنَّه يفضي إلى الاختصاص بالحقِّ المشترك.

ومنها: الجلوس في المساجد ونحوها، لعبادة أو مباح؛ فيكون الجالس أحقَّ بمجلسه إلى أن يقوم عنه باختياره قاطعًا للجلوس، أمَّا إن قام لحاجة عارضة ونيَّته العود؛ فهو أحقُّ بمجلسه.

ويُستثنى من ذلك: الصَّبيُّ إذا قام في صفٍّ فاضل أو في وسط الصَّفِّ؛ فإنَّه يجوز نقْلُه عنه، صرَّح بذلك(١) القاضي، وهو ظاهر كلام أحمد(٢)، وعليه حُمل فعل أبيٍّ بن كعب بقيس بن عُبَاد(٣).

النَّوع الخامس: حقُّ التَّعلُّق؛ لاستيفاء الحقِّ، وله صور:

منها: تعلُّق حقِّ المرتهن بالرَّهن، ومعناه: أنَّ جميع أجزاء الرَّهن محبوس بكلِّ جزء من الدَّين حتَّى يُستَوْفَى جميعه.

ومنها: تعلُّق حقِّ الجناية بالجاني، ومعناه: أنَّ حقَّه انحصر في ماليَّته، وله المطالبة بالاستيفاء منه، ويتعلَّق الحقُّ بمجموع الرَّقبة لا بقدر الأرش منها(٤) في(٥) ظاهر كلام الأصحاب، ويباع جميعه في الجناية، ويستوفى منه الحقُّ ويُرَدُّ الفضل على السَّيِّد.

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): به.

(٢) قال في المغني (٢/ ١٦٠): (قال أحمد: يلي الإمام الشيوخ وأهل القرآن، وتؤخر الصبيان والغلمان، ولا يلون الإمام).

(٣) رواه أحمد (٢١٢٦٥)، والنسائي (٨٠٨).

(٤) في (ب): بها.

(٥) في (ب) و (ج) و (ن): على.

وذكر القاضي في «المجرَّد»: أنَّ ظاهر كلام أحمد: أنَّه لا يُرَدُّ عليه شيء[١]، وهذا صريح في تعلُّق الحقِّ بالجميع.

وللأصحاب في العبد المرهون إذا جنى وكان في قيمته فضلٌ عن الأرش؛ هل يباع جميعه، أو بمقدار الأرش؟ فيه وجهان؛ لكن بيع جميعه يندفع به عن السَّيِّد ضرر نقص القيمة بالتَّشقيص.

ومنها: تعلُّق حقِّ الغرماء بالتَّركة؛ هل يمنع انتقالها بالإرث؟ على روايتين.

وهل هو كتعلُّق الجناية أو كالرَّهن؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك، وصرَّح الأكثرون[٢] بأنَّه كتعلُّق الرَّهن[٣]، ويفسَّر بثلاثة أشياء:

أحدها: أنَّ تعلُّق الدَّين بالتَّركة وبكلِّ جزء منها، فلا ينفكُّ منها شيء حتَّى يُوفَّى الدَّين كلُّه، وصرَّح بذلك القاضي في «خلافه» إذا كان

[١] كتب على هامش (ن): (أي: من ثمن العبد، قال في المغني: ولعله يذهب إلى أنه دفع إليه عوضًا عن الجناية، فلم يبق لسيده شيء فيه، كما لو ملَّكه إياه عوضًا عن الجناية، قال: وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لا يستحق أكثر من أرش جنايته كما لو جنى عليه حر).

[٢] كتب على هامش (ن): (ومال إليه كثير، وهو الذي ذكره القاضي في تعليقته [. . . . .] استطرادًا).

[٣] كتب على هامش (ن): (لكن الذي أورده الشيخ في المغني، - وقال ابن حمدان: إنه الأقيس -: أنه كتعلق حق المجني عليه بالعبد الجاني، وهو الذي صححه في الفروع).

الوارث واحدًا، قال(١): وإن كانوا جماعة؛ انقسم(٢) عليهم بالحصص، وتُعلَّق(٣) كلُّ حصَّةٍ من الدَّين بنظيرها من التَّركة وبكلِّ جزء منها، فلا ينفكُّ شيء منها حتَّى توفَّى جميع تلك الحصَّة.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدَّين مستغرقًا للتَّركة أو غير مستغرق، صرَّح به جماعة، منهم صاحب «التَّرغيب» في التَّفليس.

والثَّاني: أنَّ الدَّين في الذِّمَّة، ويتعلَّق بالتَّركة، وهل هو في ذمَّة الميت أو الورثة؟ على وجهين سبق ذكرهما[١].

والثَّالث: أنَّه يمنع صحَّة التَّصرف، وفي ذلك وجهان أيضًا سبقا.

وهل يتعلَّق حقُّهم بالمال من حين المرض أم لا؟ تردَّد الأصحاب في ذلك.

ونقل الميمونيُّ عن أحمد فيمن عليه دين يحيط(٤) بجميع التَّركة(٥)؛ يجوز له أن يُعتق أو يهب؛ أعني: الميت؟ قال: نعم، قلت: هذا ليس له مال! قال: أليس ثلثه له؟ قلت: ليس هذا المال له، قال: أليس هو السَّاعةَ في يده؟ قلت: بلى! ولكنَّه لغيره، قال: دعها؛ فإنَّها مسألة فيها

---

[١] جاء في هامش (ن): (أي: قاعدة النماء وهي الثمانون [. . . . .]).

---

(١) في (ب): وقال.
(٢) في (أ): يقسَّم.
(٣) في (أ) و(ن): ويتعلَّق.
(٤) في (ب): محيط.
(٥) في (ب): ما ترك. وفي (هـ): ما تركه.

لَبْس، والَّذي كان عنده على ما ناظرته أنَّ ذا جائز.

واستشكل القاضي هذه الرِّواية فيما قرأته بخطِّه، وجعل ظاهرها صحَّة الوصيَّة بالثُّلث مع الدَّين، وحملها على أحد وجهين: إمَّا أن يكون حكم المريض مع الغرماء كحكمه مع الورثة؛ لتعلُّق حقِّ الجميع بماله، فلا يكون ممنوعًا من التَّصرُّف بالثُّلث مع واحد منهما، أو أنْ يقفَ صحَّة تصرُّفه على إجازة الغرماء.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: هي تدلُّ على أنَّ الغرماء لا يتعلَّق حقُّهم بالمال إلَّا بعد الموت؛ لأنَّ حقَّهم في الحياة في ذمَّته، والورثة لا يتعلَّق حقُّهم بالمال مع الدَّين؛ فيبقى الثُّلث الَّذي ملَّكه الشَّارع التَّصرف فيه لا مانع له من التَّصرف فيه؛ فينفذ تصرفه فيه منجَّزًا لا معلَّقًا بالموت، بخلاف الزَّائد على الثُّلث إذا لم يكن عليه دين؛ فإنَّ حقَّ الورثة يتعلَّق به في مرضه؛ إذ لا حقَّ لهم في ذمَّته[١].

قلت: وتردَّد كلام القاضي وابن عقيل في «خلافيهما»[٢] في المريض؛ هل لورثته منعه من إنفاق جميع ماله في الشَّهوات أم لا؟ ففي موضع جزمَا بثبوت المنع لهم؛ لتعلُّق حقوقهم بماله[٣]، وأنكرَا ذلك في مواضع.

ومنها: تعلُّق حقِّ الموصى له بالمال، هل يمنع الانتقال إلى الورثة

---

(١) لم نقف عليه.

(٢) في (ب): خلافهما.

(٣) في (أ): بذلك.

أم لا[(١)]؟ جعل[(٢)] طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدَّين، ومنهم أبو الخطَّاب في «انتصاره» وأبو الحسين في «فروعه»، ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب: إنَّ الموصى به قبل القبول على ملك الورثة.

وجزم القاضي في «خلافه» بعدم انتقاله إلى الورثة، مفرِّقًا بين الدَّين والوصيَّة: بأنَّ حقَّ الموصى له في عين التَّركة، ولا تملك الورثة إبدال حقِّه، بخلاف الدَّين؛ فإنَّ حقَّ صاحبه في التَّركة والذِّمَّة، وللورثة التَّوفيةُ من غيره.

وأخذ ذلك ممَّا رواه ابن منصور عن أحمد فيمن أوصى أن يخرج من ماله كذا وكذا في كذا وكذا سنة؛ قال: لا يقسَّم المال حتَّى ينفِّذوا ما قال، إلَّا أن يضمنوا أن يخرجوا؛ فلهم أن يقسِّموا البقية[(٣)].

وكذلك في «المجرَّد» و«الفصول» في باب الشَّركة: أنَّ الموصى له إن كان معيَّنًا؛ فهو شريكٌ في قدر ما وصِّي له به، وإن كان غير معيَّن؛ كالفقراء والمساكين؛ لم يجز للورثة التَّصرُّف حتىَّ يُفردوا نصيب الموصى له.

وممَّا يدلُّ على عدم انتقاله إلى الورثة: أنَّ المشهور عندنا صحَّة الوصيَّة بالزَّائد على الثُّلث إن أجازه الورثة[(٤)]، وأنَّ إجازة الورثة لها تنفيذٌ، لا ابتداء عطيَّة.

---

(١) قوله: (أم لا) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن).

(٢) في (ب): فجعل.

(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٩/ ٤٧٥٣).

(٤) قوله: (إن إجازة الورثة) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(و). وزاد في (و): في.

ومنها: تعلُّق الزَّكاة بالنِّصاب؛ هل هو تعلُّق شركة، أو ارتهان، أو تعلُّق الاستيفاء كالجناية؟ اضطرب كلام الأصحاب في ذلك اضطرابًا كثيرًا، ويتحصَّل منه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنَّه تعلُّق شركة، وصرَّح به القاضي في موضع من «شرح المذهب»، وظاهر كلام أبي بكر يدلُّ عليه، وقد بيَّنته في موضع آخر.(١)

والثَّاني: تعلُّق استيفاء، وصرَّح به غير واحد، منهم القاضي.

ثمَّ منهم من يشبِّهه بتعلُّق الجناية، ومنهم من يشبِّهه بتعلُّق الدَّين بالتَّركة.

والثَّالث: أنَّه تعلُّق رهن.

وينكشف هذا النِّزاع بتحرير مسائل:

منها: أنَّ الحقَّ هل يتعلَّق بجميع النِّصاب، أو بمقدار الزَّكاة منه غير معيَّن؟ وقد نقل القاضي وابن عقيل الاتِّفاق على الثَّاني.

ومنها: أنَّه مع التَّعلُّق بالمال؛ هل يكون ثابتًا في ذمَّة المالك أو(٢) لا؟ ظاهر كلام الأكثرين: أنَّه على القول بالتَّعلُّق بالعين لا يثبت في الذِّمَّة منه شيء، إلَّا أن يتلف المال أو يتصرَّف فيه المالك بعد الحول.

وظاهر كلام أبي الخطَّاب وصاحب المحرَّر في «شرح الهداية»: أنَّا إذا قلنا: الزَّكاة في الذِّمَّة؛ فيتعلَّق بالعين تعلُّق استيفاء محض كتعلُّق

---

(١) ينظر: الفائدة الخامسة من الفائدة الثانية من الفوائد الملحقة بالقواعد.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): أم.

الدِّيون بالتَّركة، وهو اختيار الشَّيخ تقيِّ الدِّين(١)، وهو حسن.

ومنها: منع التَّصرُّف، والمذهب: أن لا منع، كما سبق.

ومنها - أعني: صور تعلُّق الحقوق بالأموال -: تعلُّق حقِّ غرماء المفلس بماله بعد الحجر، وهو تعلُّق استحقاق الاستيفاء منه.

ومنها: تعلُّق ديون الغرماء بمال المأذون له، وقد ذكر القاضي في «المجرَّد»: أنَّ هذا التَّعلُّق هل يصحِّح شراء السَّيِّد منه[١] كمال المكاتب

[١] كتب على هامش (ن): (وقد ذكر الشيخ في المقنع معنى ذلك، فقال: وإذا باع السيد من عبده المأذون له شيئًا؛ لم يصح في أحد الوجهين، ويصح في الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته، انتهى، والبيع منه بمثابة الشراء منه، وحصل من كلام الشيخ زيادة قيد: استغراق الدين لقيمة العبد؛ لأنه يصير مستحَقًّا لأرباب الديون، فيصير كعبد غيره، ولا يخفى أن هذه المسألة - أعني مسألة استغراق دين العبد لقيمته - غير مسألة تعلق حقوق الغرماء بالمال الذي بيد المأذون، فإن كان مراد المصنف ذلك، فهما مسألتان، والمعروف في المذهب: أن ديونه تتعلق بذمة السيد، لا بالمال الذي بيده، وإن كان مراد المصنف بمال المأذون مالية رقبته؛ فهي هذه المسألة، وفي الرعاية: محل الروايتين في تعلق دين المأذون ما إذا عجز ما بيده عنه، ونازعه الزركشي: بأنه قد يقال: تتعلق بذمة السيد ولو كان بيده مال إذا وَلِيَه، وتصرف لسيده كالوكيل).

(١) قوله: (الشَّيخ تقي الدِّين) سقط من (ج). وقوله: (تقي الدين) سقط من (ب). وزاد في (ج): شيخ الإسلام ابن تيمية.

مع سيِّده، أو لا كالمرهون بالنِّسبة إلى الرَّاهن[١]؟ على احتمالين.

وهذا لا يتوجَّه[٢] على ظاهر المذهب، وهو تعلُّق ديونه بذمَّة السَّيِّد، وإنَّما يتوجَّه على قولنا: يتعلَّق برقبة العبد[٣]، وقد صرَّح في «الخلاف الكبير» ببناء المسألة على هذا.

ومنها: تعلُّق حقوق الفقراء بالهدي والأضاحي المعيَّنة، ويُقدَّمون بما يجب صرفه إليهم منها على الغرماء في حياة الموجِب وبعد وفاته.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فإن الراهن لا يصح شراؤه من عبده المرهون، مع تعلق حق المرتهن به ومما في يده لو كان الجميع رهنًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: هذا التصحيح لشراء السيد منه، أو هذا الخلاف في هذا).

[٣] كتب على هامش (ن): (لأنه يصير مستحَقًّا لأرباب الديون، فيصير كعبد غيره، فيتوجه الخلاف في صحة شراء سيده منه).

قاعدة [٨٦]

الملك أربعة أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة.

أما النَّوع الأوَّل: فهو عامَّة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها؛ من بيع وهبة وإرث وغير ذلك.

واعلم أنَّ ابن عقيل ذكر في «الواضح في أصول الفقه» إجماع الفقهاء على أنَّ العباد لا يملكون الأعيان، وإنَّما يملك الأعيان خالقها ﷻ، وأنَّ العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعًا، فمن كان مالكًا لعموم الانتفاع؛ فهو المالك المطلق، ومن كان مالكًا لنوع منه؛ فملكه مقيَّد ويختصُّ باسم خاصٍّ يمتاز به؛ كالمستأجر والمستعير وغير ذلك، وكذلك ذكر ابن الزَّاغونيِّ في كتاب «غرر البيان»، ورجَّحه الشَّيخ تقيُّ الدِّين رحمه الله[١].

فعلى هذا: جميع الأملاك إنَّما هي ملك انتفاع، ولكنَّ التَّقسيم ههنا وارد على المشهور.

النَّوع الثَّاني: ملك العين بدون منفعة، وقد أثبته الأصحاب في الوصيَّة بالمنافع لواحد وبالرَّقبة لآخر أو تركها للورثة، وقد قال أحمد

(١) تنظر المسألة في: منهاج السنة ٤/ ٤١٤.

في رواية مهنَّى فيمن أوصى بخدمة عبد أو ظهر دابَّة يُركب(١) أو بدار تسكن؛ فقال: الدَّار لا بأس بها، وأكره العبد والدَّابَّة؛ لأنَّهما يموتان.

قال أبو بكر: الذي أقول به: أنَّ الوصية تصحُّ في جميع ذلك؛ لأنَّ الدَّار تخرب أيضًا[١].

وحمل القاضي كلام أحمد على الكراهة دون إبطال الوصيَّة.

وقال(٢) الشَّيخ تقيُّ الدِّين: لم يرد أحمد أنَّ الوصيَّة لا تجوز إلَّا بما يدوم نفعه، فإنَّ هذا لا يقوله أدنى من له نظر في الفقه فضلًا عن أن يكون مثل هذا الإمام، وإنَّما أراد أنَّ العبد والدَّابَّة إذا أوصى(٣) بمنافعهما على التَّأبيد، فلم يترك للورثة ما ينتفعون به؛ فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث، فإنَّه لا فائدةَ في الرَّقبة المجرَّدة عن المنافع، بل هو ضرر محض، وقد شرط الله سبحانه لجواز الوصيَّة عدم المضارَّة، لكن إن قصد الموصي إيصال جميع المنافع إلى الموصى له، فهذه وصيَّة بالرَّقبة، فلا تحسب(٤) على الورثة منها شيء، ولا يصحُّ الإيصاء معها بالرَّقبة.

وإن قصد مع ذلك إبقاء الرَّقبة للورثة أو الإيصاء بها لآخر؛ بطلت

[١] كتب في هامش (ن): (في تعليل أبي بكر شيء).

(١) قوله: (يركب) سقط من (ب).
(٢) في (ب) و(د) و(و) و(ن): قال.
(٣) في (ب): وصَّى.
(٤) في (ب) و(هـ): يحسب.

الوصيَّة؛ لامتناع أن تكون المنافع كلُّها لشخص والرَّقبة لآخر، ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين، فيبطلان.

أمَّا إن وصَّى في وقت بالرَّقبة لشخص، وفي آخر بالمنافع لغيره؛ فهو كما لو وصَّى بعين لاثنين في وقتين(١).

واستدلَّ على أنَّ تمليك جميع المنافع تمليكٌ للعين(٢) بالرُّقبى والعمرى؛ فإنَّها تمليك للرَّقبة؛ حيث كانت تمليكًا(٣) للمنافع في الحياة، وهذا المعنى منتفٍ في الوصيَّة بسكنى الدَّار؛ لأنَّ هذا تمليك منفعة خاصَّة ينتهي بموت الموصى له وبخراب(٤) الدَّار؛ فيعود الملك[١] إلى الورثة كما يعود الملك في السُّكنى في الحياة.

والنَّوع الثَّالث: ملك المنفعة بدون عين، وهو ثابت بالاتِّفاق، وهو ضربان:

أحدهما: ملك مؤبَّد، ويندرج تحته صور:

منها: الوصيَّة بالمنافع كما سبق، ويشمل جميع أنواعها إلَّا منفعة البضع، فإنَّ في دخولها في الوصيَّة وجهين[٢].

---

[١] كتب على هامش (و): (أي: ملك المنافع).

[٢] كتب في هامش (ن): (قال في الفروع: ولا يطأ، وفي الترغيب: وجهان).

---

(١) ذكر بعضه في الاختيارات الفقهية (ص ٢٧٩).

(٢) في (ب): تملك العين.

(٣) في (ب): تملكًا.

(٤) في (أ): (بخراب) بدون الواو.

ومنها: الوقف؛ فإنَّ منافعه وثمراتِه مملوكةٌ للموقوف عليه، وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما فوائد متعدِّدة.

ومنها: الأرض الخراجيَّة المقرَّة في يد من هي في يده بالخراج، يملك منافعها على التَّأبيد.

والضَّرب الثَّاني: ملك غير مؤبَّد.

فمنه: الإجارة، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدَّة معلومة.

ومنه: ما هو غير مؤقَّت، لكنَّه غير لازم؛ كالعارية على وجه، وإقطاع الاستغلال[١].

النَّوع الرَّابع: ملك الانتفاع المجرَّد، وله صور متعدِّدة:

منها: ملك المستعير؛ فإنَّه يملك الانتفاع لا المنفعة، إلَّا على رواية ابن منصور عن أحمد: أنَّ العارية المؤقَّتة تلزم(١)، كذا قال الأصحاب.

ويمكن أن يقال: لزوم العارية المؤقَّتة إنَّما يدلُّ على وجوب الوفاء ببذل الانتفاع لا على تمليك المنفعة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (فائدة حسنة: وهو أن المقطَع يملك المنفعة لا أن ينتفع).

---

(١) لعله يشير إلى ما جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٧٤): قال الثوري: كل إنسان استعار شيئًا فرهنه بإذن صاحبه، فذهب الرهن، رد المستعير إلى صاحبه قيمة المتاع الذي كان رهنه به. قال أحمد: (نحن نقول: العارية مؤداة، وإن كان أرهنه بإذن صاحبه، فلا بد له من أن يؤديه "على اليد ما أخذت حتى تؤدي")، والرهن لازم، فلما أذن له برهنه صارت الإعارة زمان الرهن لازمة. وأشار إلى ذلك ابن قدامة في المغني (٤/ ٢٥٩).

ومنها: المنتفِع بملك جاره من وضع خشب وممرٍّ في دار ونحوه، وإن كان بعقد صلح؛ فهو إجارة.

ومنها: إقطاع الإرفاق؛ كمقاعد الأسواق ونحوها.

ومنها: الطَّعام في دار الحرب قبل حيازته؛ يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة.

وقياسه: الأكل من الأضحية، والثَّمر المعلَّق ونحوه.

ومنها: أكل الضَّيف لطعام المَضيف؛ فإنَّه إباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا.

وعن أحمد رواية بإجزاء الإطعام في الكفَّارات، وينزل[١] على أحد قولين: إمَّا أنَّ المُضيَّف يملك ما قدِّم إليه؛ وإن كان ملكًا خاصًّا بالنِّسبة إلى الأكل، وإمَّا أنَّ الكفَّارة لا يشترط فيها تمليك.

ومنها: عقد النِّكاح، وتردَّدت عبارات الأصحاب في مورده؛ هل هو الملك أو الاستباحة؟

فمن قائل: هو الملك، ثمَّ تردَّدوا: هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها؟

وقيل: بل هو الحلُّ لا الملك، ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزَّوجة مع أنَّه لا ملك لها.

وقيل: بل(١) المعقود عليه ازدواج كالمشاركة، ولهذا فرَّق الله

[١] كتب على هامش (و): (أي: إجزاء الإطعام في الكفارة للضيف).

(١) في (أ) و(و): بل هو.

سبحانه بين الازدواج وملك اليمين، وإليه ميل الشَّيخ تقيِّ الدِّين[١]؛ فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات.

(١) جاء في نظرية العقد (ص ١٧٣): أن شيخ الإسلام ذكر خلاف الفقهاء في المعقود عليه في النكاح، هل هو ملك البضع، أو حل الانتفاع، أو العقد نفسه من جنس المشاركة التي يعبر عنها بالازدواج، لا من جنس المعاوضات؟ وأنه مال إلى الأخير. ولم نقف على كلام شيخ الإسلام في كتبه.

قاعدة [٨٧]

فيما يقبل النَّقل والمعاوضة من الحقوق الماليَّة والأملاك.

أمَّا الأملاك التَّامَّة؛ فقابلة للنَّقل بالعوض وغيره في الجملة.

وأمَّا ملك المنافع؛ فإن كان بعقد لازم؛ مَلَك فيه نقل الملك بمثل العقد الذي مَلَك به أو دونه، دون ما(١) هو أعلى منه، ومَلَك(٢) المعاوضة عليه أيضًا، صرَّح القاضي بذلك في «خلافه».

ويندرج تحت هذا صور:

منها: إجارة المستأجر جائزة على المذهب الصَّحيح، بمثل الأجرة وأكثرَ وأقلَّ.

ومنها: إجارة الوقف.

ومنها: إجارة المنافع الموصى بها، وصرَّح به(٣) القاضي في «خلافه».

ومنها: إجارة المنافع المستثناة في عقد البيع.

ومنها: إجارة أرض العَنْوة الخراجيَّة، والمذهب الصَّحيح:

---

(١) في (ب): فوق ما.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): ويملك.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ) و(و): بها.

صحَّتها، وهو نصُّ أحمد، ولكن استحبَّ المزارعة فيها على الاستئجار(١).

وحكى القاضي وابن عقيل رواية أخرى بالمنع[١]؛ كرِباع مكَّة(٢)، وقد أشار أحمد في رواية حنبل إلى كراهة منعها[٢][٣]، وسنذكره في موضعه.

ومنها: إعارة العارية المؤقَّتة إذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها؛ فإنَّه يجوز، ولا يجوز الإجارة؛ لأنَّها أعلى، صرَّح به القاضي في «خلافه».

---

[١] كتب على هامش (ن): (قد يوجه المنع: بأن من هي في يده بالخراج، يملك منفعتها على التأبيد، لكن ملكه لذلك لازم من جهة الإمام، جائز من جهته، بدليل: أنه لو أراد تركها فالظاهر أن له ذلك، وعقد الإجارة لازم من الطرفين، فهو أعلى من العقد بالخراج، بل قد يقال: إن عقد الخراج جائز من الطرفين؛ لأن الإمام لو أراد أخذ الأرض ممن هي في يده؛ فالظاهر أن له ذلك).

[٢] جاء في هامش (ن): (لعله: بيعها).

[٣] قال القاضي في الأحكام السلطانية (ص ١٨٨): وقال في رواية حنبل: (مكة إنما كره إجارة بيوتها؛ لأنها عنوة، دخلها النبي ﷺ بالسيف، فكره من كره ذلك من أجل العنوة، فلما كانت عنوة كان المسلمون فيها شرعًا واحدًا).

---

(١) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ٣٠): (سئل عن الرجل يستأجر أرضًا من السواد؟ قال: يزارع رجلًا أحب إلي من أن يستأجر أرضًا).

(٢) في (ب): ملكه.

وأمَّا إجارة[١] إقطاع الاستغلال الَّتي موردها[٢] منفعة الأرض دون رقبتها؛ فلا نقل فيها نعلمه، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع؛ لأنَّه جعل مناط صحَّة الإجارة للمنافع لزوم العقد، وهذا منتف في الإقطاع.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: يجوز، وجعل الخلاف فيه مبتدعًا، وقرَّره بأنَّ الإمام جعله للجند عوضًا عن أعمالهم؛ فهو كالمملوك بعوض، ولأنَّ إذنه في الإيجار عرفيٌّ[٣]؛ ....

[١] جاء في هامش (ن): (قد تقدم في القاعدة التي قبل هذه أن الأرض المقرَّة في يد من هي في يده بالخراج؛ يملك منافعها على التأبيد، فكيف يصح إجارتها لغير من هي في يده؟! فيجب حمل كلام المصنف في إجارة إقطاع الاستغلال على ما كان من الأراضي غير خراجي، أو كان خراجيًّا وليس مقَرًّا بيد أحد معين، كالذي يسميه المصريون المشاع، فأما ما له فلاحُ قرار فإنه يكون مالكًا لمنافعه، فليس لمقطِعه إجارته، نعم قد يقال: يجوز له الزيادة في خراجه؛ لأن الإمام أقامه في ذلك مقامه، والصحيح: أن للإمام ذلك على الأصح).

[٢] جاء في هامش (ن): (لعل صوابه: "الذي مورده"؛ ليكون متعلقًا بالإقطاع لا بالإجارة، فإن الإجارات كلها موردها المنفعة دون الرقبة، فلا خصوصية لهذه الإجارة بذلك، بخلاف الإقطاع فإنه قد يكون مورده الرقبة).

[٣] جاء في هامش (ن): (قوله: "عرفي... إلخ" لكن قد يقال: سلمنا، إلا أن الإمام نفسه ليس له إيجارها إذا كانت خراجية؛ لأن المنافع وهي مملوكة لمن الأرض في يده، فلا يحق إجارتها إلا لمن الأرض في يده بالخراج؛ لأنه مالك منفعتها بالخراج، نعم للإمام الزيادة في الخراج والنقص منه على الأصح).

فجاز كما لو صرَّح به(١).

ولو تهايأ الشَّريكان على الأرض، وقلنا: لا يلزم؛ فهل لأحدهما إجارة حصَّته؟

الأظهر جوازه؛ لأنَّ المهايأة إذا فسخت؛ عاد الملك مشاعًا؛ فيخرَّج على الخلاف في إجارة المشاع[١].

وأمَّا ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التَّملك؛ فهل تصحُّ نقل الحقِّ فيها أم لا؟

إن كانت لازمة؛ جاز النَّقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض، وفي جوازه بعوض خلاف.

ويستثنى من ذلك: الحقوق الثَّابتة دفعًا لضرر الأملاك؛ فلا يصحُّ النَّقل فيها بحال، ويصحُّ المعاوضة على إثباتها وإسقاطها، ويندرج في ذلك مسائل:

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: "في إجارة المشاع" فإذا كان [....] حصته من شريكه لم يضره فسخ المهاياة، وإن كان أجرتها من غيره؛ فإنها تنفسخ).

---

(١) قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى (٢٨/ ٨٥): (وما علمت أحدًا من علماء المسلمين - لا أهل المذاهب الأربعة ولا غيرهم - قال: إن إجارة الإقطاع لا تجوز، وما زال المسلمون يؤجرون الأرض المقطعة من زمن الصحابة إلى زمننا هذا؛ لكن بعض أهل زماننا ابتدعوا هذا القول؛ قالوا: لأن المقطع لا يملك المنفعة؛ فيصير كالمستعير إذا أكرى الأرض المعارة، وهذا القياس خطأ لوجهين) ثم ذكر الوجهين.

منها: ما يثبت[١] عليه يد الاختصاص؛ كالكلب والزَّيت النَّجس المنتفع به؛ فإنَّه تنتقل اليد فيه بالإرث، والوصيَّة، والإعارة في الكلب.

وفي الهبة وجهان، اختار القاضي عدم الصِّحَّة، وخالفه صاحب «المغني».

وليس بينهما خلاف في الحقيقة؛ لأنَّ نقل اليد في هذه الأعيان بغير عوض جائز؛ كالوصيَّة، وقد صرَّح به[٢] القاضي في «خلافه».

وأمَّا إجارة الكلب؛ فالمذهب: أنَّها لا تصحُّ؛ لأنَّها معاوضة ولا ماليَّة فيه.

وحكى أبو الفتح الحلوانيُّ[٣] فيها وجهين، وكذلك خرَّج أبو الخطاب وجهًا بالجواز؛ فتكون معاوضة عن نقل اليد.

ويردُّه النَّهي عن بيعه، وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد.

ومنها: المستعير لا يملك نقل حقِّه من الانتفاع، إلَّا أن يقول بلزوم العاريَّة كما سبق.

ومنها: مرافق الأملاك من الأفنية والأزقَّة المشتركة؛ تصحُّ إباحتها، والإذن في الانتفاع بها كالإذن في فتح باب ونحوه، قال في

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): ثبت. وفي (و): ثبتت.

(٢) قوله: (به) سقط من (ب).

(٣) هو محمد بن علي بن محمد بن عثمان بن المراق الحلواني، أبو الفتح، كان من فقهاء الحنابلة ببغداد، تفقه على: يعقوب البرزبيني، وأبي جعفر الشريف، له كتاب: "كفاية المبتدي في الفقه"، ومصنف آخر في الفقه أكبر منه، ومصنف في أصول الفقه، توفي سنة (٥٠٥هـ). الطبقات ٢/ ٢٥٧، ذيل الطبقات ١/ ٢٤٦.

«التَّلخيص»: ويكون إعارةً على الأشبه.

وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب ونحوها، ذكره في «المغني» و«التَّلخيص»، وهو شبيه بالمصالحة بعوضٍ على إجراء الماء في أرضه، أو فتح الباب في حائطه، أو وضع الخشب على جداره ونحوه.

وهذا متوجِّه على القول بملك هذه المرافق، أمَّا على القول بعدم الملك؛ فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق.

وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الرَّوشن(١) الخارج في الدِّرب المشترك.

وأمَّا الشَّجرة؛ ففيها خلاف معروف؛ لكونها لا تدوم على حالة واحدة.

وأمَّا الانتفاع بأفنية الأملاك والمساجد بغير إذنٍ من الملَّاك والإمام؛ فإن كان فيه ضرر لم يجز، وإلَّا ففي جوازه روايتان، ذكره القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة».

وتجوز المصالحة بعوض على إسقاط حقِّه من وضع الخشب على جداره ونحوه[١]، ذكره في «المجرد».

ومنها: متحجِّر الموات، ومن أقطعه الإمام مواتًا ليحييه؛ لا يملكه

[١] كتب على هامش (ن): (لكن هل يسقط ويختص سقوط ذلك به، أو يسقط بذلك حقه وحق من يملك داره بعده؟ من خط قاضي القضاة).

(١) قال في تحرير ألفاظ التنبيه (ص٣٠٠): (الرَوشن: بفتح الراء، وهو الخارج من خشب البناء).

بمجرَّد ذلك على المذهب، لكن يثبت له فيه حقُّ التَّملُّك؛ فيجوز له نقل الحقِّ إلى غيره بهبة وإعارة، وينتقل إلى ورثته من بعده.

وهل له المعاوضة عنه؟ على وجهين، أصلهما المعاوضة عن[1] الحقوق؛ فإنَّ هذا حقُّ تملُّك كما سبق، وفارق الشُّفعةَ، فإنَّ النَّقل فيها ممتنع؛ لأنَّها من حقوق الأملاك؛ فهي ممَّا استثني من القاعدة.

قال أحمد في رواية ابن منصور: الشُّفعة لا تباع ولا توهب[2].

وحمل القاضي قوله: (لا تباع) على أنَّ المشتري ليس له أن يصالح الشَّفيع عنها بعوض؛ قال: لأنَّه خيار لا يسقط إلى مال؛ فلم يجز أخذ العوض عنه؛ كخيار الشَّرط والمجلس، بخلاف خيار القصاص والعيب؛ لأنَّه يسقط إلى الدِّية والأرش.

والأظهر: حمل قول أحمد: (لا تباع ولا توهب) على أنَّ الشَّفيع ليس له نقلها إلى غيره بعوض ولا غيره، فأمَّا مصالحته للمشتري؛ فهو كالمصالحة عن ترك وضع الخشب على جداره ونحوه.

وذكر القاضي في باب الشُّفعة أيضًا: أنَّ خيار العيب يجوز المصالحة عنه بعوض، وعلَّل بأنَّ العيب يمنع لزوم العقد، ومع عدم اللُّزوم تجوز الزِّيادة في الثَّمن والنَّقص منه.

فجعل الصُّلح ههنا إسقاطًا من الثَّمن كالأرش، وعلى قياسه: خيار

---

(١) في (ب): عنه عن.

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٢١): (قال: الشفعة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث؟ قال أحمد: نعم).

الشَّرط والمجلس؛ لأنَّ التَّصرُّف في الثَّمن بالنَّقص والزِّيادة فيه ممكن.

ومنها: الكلأ والماء في الأرض المملوكة - إذا قلنا: لا يملكان بدون الحيازة -؛ فللمالك الإذن في الأخذ، وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب.

ووقع في «المقنع» و«المحرر» ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة، وإن قلنا بعدم الملك، ولعلَّه من باب المعاوضة عمَّا يستحقُّ تملُّكه؛ فيلتحق بالقاعدة.

ومنها: مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها؛ يصحُّ نقل الحقِّ فيها بغير عوض؛ لأنَّ الحقَّ فيها لازم بالسَّبق.

ولو آثر بها رجلًا[١] فسبق غيره فجلس؛ فهل يكون أحقَّ من المؤثَر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأنَّ حقَّ القائم زال بانفصاله؛ فصار الحقُّ ثابتًا بالسَّبق.

والثَّاني: لا؛ لأنَّه لو قام لحاجة ونحوها؛ لم يسقط حقُّه، فكذا إذا آثر غيره؛ لأنَّه أقامه مقام نفسه.

وبنى بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهة[٢] الإيثار بالقُرَب، فأمَّا إن قلنا بكراهته؛ فالسَّابق أحقُّ به وجهًا واحدًا.

وفرَّق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها، ومقاعد الأسواق؛

---

(١) قوله: (رجلًا) سقط من (ب).

(٢) في (ب) و(ج) و(و) و(هـ) و(ن): كراهية.

فأجاز النَّقل في المقاعد خاصَّة؛ لأنَّها منافع دنيويَّة، فهي كالحقوق الماليَّة.

ومنها: الطَّعام المباح في دار الحرب؛ يجوز نقل اليد فيه إلى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضًا؛ لاشتراك الكلِّ في استحقاق الانتفاع، ولا يكون ذلك تمليكًا؛ لانتفاء ملكه بالأخذ، حتَّى لو احتاج إلى صاع من برٍّ جيِّد وعنده صاعان رديئان؛ فله أن يبدلهما بصاع؛ إذ هو مأخوذ على الإباحة دون التَّمليك، صرَّح به القاضي وابن عقيل.

ومنها: المباح أكله من مال الزَّكاة والأضاحي؛ يجوز إطعامه الضِّيفان[(١)] ونحوهم؛ لاستقرار الحقِّ فيه، بخلاف طعام الضِّيافة، ولا تجوز المعاوضة عن شيء من ذلك.

ومنها: منافع الأرض الخراجيَّة؛ فيجوز نقلها بغير عوض إلى من يقوم مقامه فيها، وينتقل إلى الوارث؛ فيقوم مقام مورِّثه[(٢)] فيها.

وكذلك يجوز جعلها مهرًا، نصَّ عليه في رواية عبد الله[(٣)].

ونصَّ في رواية ابن هانئ وغيره: على جواز دفعها إلى الزَّوجة عوضًا عمَّا تستحقُّه عليه من المهر[(٤)]، وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة.

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): للضِّيفان.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: موروثه.

(٣) جاء في مسائل عبد الله (ص ٣٧٧): (سألت أبي عن رجل تزوج امرأة على أرض من أرض السواد، ثم طلقها، فقال: إن كان دخل بها؛ دفع إليها الأرض، وإن لم يكن دخل؛ فلها نصف الأرض).

(٤) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ١٠): (وسئل عن الرجل تكون له ضيعة بالسواد، وعليه =

فأمَّا البيع؛ فكرهه أحمد ونهى عنه(١).

واختلف قوله في بيع العمارة الَّتي فيها؛ لئلَّا يتَّخذ طريقًا إلى بيع رقبة الأرض الَّتي لا تملك، بل هي إمَّا وقف وإمَّا فيء للمسلمين جميعًا(٢).

ونصَّ في رواية المروذيِّ(٣): على أنَّه يبيع آلات عمارته بما يساوي عرضًا(٤)، وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى.

وكذلك نقل عنه ابن هانئ: أنَّه قال: يُقوِّم دكانه وما(٥) فيه من غلق وكلَّ شيء يحدثه فيه؛ فيعطى ذلك، ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكانٍ(٦).

= دين، فيبيع فيها ويقضي دينه؟ قال: لا يبيع ضيعة بالسواد. قيل له: فإن كان لامرأته عليه مهر؟ قال: أرى أن يدفع إليها بمالها من الأرض، ولا يبيعها).

(١) قال القاضي في الأحكام السلطانية (ص ٢٠٥): (فقال في رواية المروذي، وقد سئل عن الرجل يريد الخروج إلى العراق، ترى له أن يبيع داره؟ فلم ير له، وقال: لا يفعل.

وقال في رواية إسحاق، وقد سئل عن الرجل يكون له الضيعة في السواد، وعليه دين، هل يبيع ويقضي دينه؟ قال لا.

وقال أيضًا في رواية محمد بن أبي حرب مثل ذلك. وقال في رواية حنبل: السواد وقف، ولا أرى بيع أرضه، ولا شراءه. فقد نقل الجماعة عنه المنع على الإطلاق).

(٢) ينظر: الأحكام السلطانية (ص ٢٠٦).

(٣) في (ب): نصُّ رواية المروذي.

(٤) قوله: (عرضًا) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن).

(٥) في (ب) و(د): ما.

(٦) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ٣): (وسئل أبو عبد الله عن الرجل يبيع سكنى دكانه؟ =

ورخَّص في رواية عنه في شرائها دون بيعها[(١)]؛ لأنَّ شراءها استنقاذ لها بعوض ممَّن يتعدَّى بالتَّصرف فيها، وهو جائز.

ورخَّص في رواية المروذيِّ أيضًا في بيع ما يحتاج إليه للنَّفقة منها، وإن كان فيه فضل عن النَّفقة؛ تصدَّق به[(٢)].

وكلُّ هذا بناءً على أنَّ رقبة هذه الأرض ومنافعها[(٣)] وقفها عمر رضي الله عنه[(٤)].

ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى[(٥)]: بجواز البيع مطلقًا؛ كالحلوانيِّ وابنه، وكذلك خرَّجها ابن عقيل من نصِّ أحمد على صحَّة وقفها[(٦)]، ولو كانت وقفًا؛ لم يصحَّ وقفها.

= قال: يُقوِّم ما فيه مثل غلق، وكل شيء استحدثه فيه، فيعطى بحساب ذلك، ولا أرى أن يأخذ سكنى دار ولا دكان).

(١) جاء ذلك في رواية مهنَّى وغيره، قال في الأحكام السلطانية (ص ٢٠٦): (وقد أجاز شراء ما تدعو الحاجة إليه منها، وقد أطلق القول في رواية مهنى، وقد سأله عن بيع أرض السواد وشرائها: فرخص في الشراء، ولم يعجبه البيع).

(٢) لم نقف على رواية المروذي، وقال في الأحكام السلطانية (ص ٢٠٦): (وقال أيضًا في رواية أبي طالب: يشتري ما يقوته ويقوت عياله، فما كان أكثر من القوت فلا).

(٣) قوله: (ومنافعها) سقط من (ب) و(ج) و(هـ) و(و).

(٤) قال في الأحكام السلطانية (ص ٢٠٥): (وقد نص أحمد على أن عمر لم يقسمه بين الغانمين، بل وقفه، فقال في رواية حنبل: أوقفه عمر ولم يقسمه، أشار علي عليه بذلك. وقال في رواية المروذي: إنما أذهب إلى أن السواد وقف، وعمر ترك السواد ولم يقسمه)، وذكر في ذلك روايات أخرى عن أحمد رحمه الله.

(٥) قوله: (أخرى) سقط من (أ) و(ج) و(هـ) و(ن).

(٦) جاء عن أحمد في صحة وقف أرض السواد ما قاله الخلال في الوقوف والترجل =

وكذلك وقع في كلام أبي بكر، وابن شاقْلا، وابن أبي موسى: ما يقتضي الجواز، وله مأخذان:

أحدهما: أنَّ الأرض ليست وقفًا، وهو مأخذ ابن عقيل.

وعلى هذا؛ فإن كانت مقسومة؛ فلا إشكال في ملكها، وإن كانت فيئًا لبيت المال - وأكثر كلام أحمد يدلُّ عليه -؛ فهل يصير وقفًا بنفس الانتقال إلى بيت المال أم لا؟ على وجهين.

فإن قلنا: لا يصير وقفًا؛ فللإمام بيعها وصرف ثمنها في المصالح، وهل له إقطاعها إقطاع تمليك؟ على وجهين، ذكر ذلك القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة».

والمأخذ الثَّاني: أنَّ البيع هنا وارد على المنافع دون الرَّقبة، فهو نقل للمنافع[(١)] المستحَقَّة بعوض.

وهذا اختيار الشيخ تقي الدين[(٢)]، ويدلُّ عليه من كلام أحمد أنَّه أجاز دفعها عوضًا عن المهر، ويشهد له ما تقدَّم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعدِّدة.

وإن كان القاضي وابن عقيل والأكثرون صرَّحوا بعدم[(٣)] صحَّة بيع

= (ص ٦٣): (أخبرنا أبو بكر قال: سمعت أبا عبد الله وسأله رجل قال: إن أبي مات وقد دخل لهؤلاء، وقد ورثت أرضين أو قال: أرضًا، يعني من أرض السواد؟ فقال: أوقفها على قرابتك أو قال: أهل بيتك ومن عرفت من أهل الستر).

(١) في (ب) و(هـ): المنافع.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٠٤) وما بعدها.

(٣) في (ب): بقدم.

المنافع المجرَّدة.

والتَّحقيق في ذلك أنَّ المنافع نوعان:

أحدهما: منافع الأعيان المملوكة الَّتي تقبل المعاوضة مع أعيانها؛ فهذه قد جوَّز الأصحاب بيعها في مواضع.

منها: أصل وضع الخراج على أرض العنوة إذا قيل: هي فيء؛ فإنَّه ليس بأجرة، بل هو شبيه بها ومتردِّد بينها وبين البيع.

ومنها: المصالحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها، وليس بإجارة محضة؛ لعدم تقدير المدَّة، وهو شبيه بالبيع.

ومنها: لو أعتق عبده[1]، واستثنى خدمته سنة؛ فهل له أن يبيعها منه؟ على روايتين، ذكرهما ابن أبي موسى، وهما منصوصتان عن أحمد.

ولا يقال: هو لا[2] يملك بيع العبد في هذه الحال؛ لأنَّ هذه المنافع كان يملك[3] المعاوضة عنها في حال الرِّقِّ، وقد استبقاها بعد زواله؛ فاستمرَّ حكم المعاوضة عليها كما يستمرُّ حكم وطء المكاتبة إذا استثناه في عقد الكتابة، وهل الكتابة إلَّا عقد معاوضة على المنافع؟!

النَّوع الثَّاني: المنافع الَّتي ملكت مجرَّدة عن الأعيان، أو كانت

(١) في (ب): عبدًا.
(٢) قوله: (لا) سقط من (ب).
(٣) في (أ): تملك.

أعيانها غير قابلة للمعاوضة؛ فهذا محلُّ الخلاف الَّذي نتكلم فيه ههنا، والله أعلم.

قاعدة [٨٨]

في الانتفاع وإحداث ما يُنتفع به في الطُّرق المسلوكة في الأمصار والقرى وهوائها وقرارها.

أمَّا الطَّريق نفسه:

فإن كان ضيِّقًا، أو أحدث فيه ما يضرُّ بالمارة؛ فلا يجوز بكلِّ حال.

وأمَّا مع السَّعة وانتفاء الضَّرر:

فإن كان المحدَث فيه متأبِّدًا؛ كالبناء والغراس؛ فإن كان لمنفعة خاصَّة بآحاد(١) النَّاس؛ لم يجز على المعروف من المذهب، وإن كان لمنفعة عامَّة؛ ففيه خلاف معروف: منهم من يطلقه[١]، ومنهم من يخصُّه بحالة انتفاء إذن الإمام فيه.

وإن كان غير متأبِّد ونفعه خاصٌّ؛ كالجلوس وإيقاف الدَّابَّة: ففيه خلاف أيضًا.

وأمَّا القرار الباطن؛ فحكمه حكم الظَّاهر على المنصوص.

---

[١] كتب على هامش (و): (يعني: عدم الجواز).

---

(١) في (ب): لآحاد.

وأمَّا الهواء؛ فإن كان الانتفاع به خاصًّا بدون إذن الإمام؛ فالمعروف منعه، وبإذنه فيه خلاف.

ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة:

منها: إذا حفر في طريقٍ واسعٍ بئرًا، فإن كان لنفع المسلمين؛ ففيه طريقان:

أحدهما: إن كان بإذن الإمام؛ جاز، وإن كان بدون إذنه؛ فروايتان[١]، قاله القاضي وابن عقيل وصاحب «المحرر».

والثَّاني: فيه روايتان على الإطلاق، قاله أبو الخطاب وصاحب «المغني»؛ إذ البئر مَظِنَّة العطب.

وإن كان الحفر لنفسه ضمن بكلِّ حال؛ ولو كان في فنائه، نصَّ عليه[٢]، ولا يجوز إذن الإمام فيه عند الأصحاب.

وفي «الأحكام السُّلطانيَّة» للقاضي: إنَّ له التَّصرف في فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضرَّ، وأمَّا في فناء غيره؛ فإن أضرَّ بأهله؛ لم يجز، وإن لم يضرَّ؛ جاز، وهل يعتبر إذنهم أو إذن الإمام في فناء المسجد؟ على وجهين.

ومنها: إذا بنى مسجدًا في طريق واسع ولم يضرَّ بالمارَّة؛ قال الأكثرون من الأصحاب: إن كان بإذن الإمام؛ جاز، وإلَّا فروايتان.

---

(١) قوله: (فروايتان) هو في (ب) و(ج) و(د): (ففيه روايتان).

(٢) قال القاضي في الأحكام السلطانية (ص ٢٢٥): (وقال في رواية الحسن بن ثواب، فيمن حفر بئرًا في فنائه فعطب رجل - يعني بها -: لزمه).

وقال أحمد في رواية ابن الحكم: أكره الصَّلاة في المسجد الَّذي يؤخذ من الطريق إلَّا أن يكون بإذن الإمام.[(١)]

ومنهم من أطلق الرِّوايتين، وكلام أحمد أكثره غير مقيَّد، قال في رواية المروذيِّ: المساجد الَّتي في الطرُّقات حكمها أن تهدم[(٢)].

وقال إسماعيل الشَّالنجيُّ: سألت أحمد عن طريق واسع للمسلمين عنه غنًى، وبهم إلى أن يكون هناك مسجد حاجة؛ هل يجوز أن يبنى هناك مسجد؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضرَّ بالطريق[(٣)].

قال[(٤)]: وسألت أحمد: هل يبنى على خندق مدينة المسلمين مسجد للمسلمين عامَّة؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضرَّ بالطَّريق.

قال الجوزجانيُّ في «المترجم»[(٥)]: والَّذي عنى أحمد من الضَّرر بالطَّريق: ما وقَّت النبي ﷺ من السبع الأذرع. كذا قال.

ومراده: أنَّه يجوز البناء إذا فضل من الطَّريق سبعة أذرع.

والمنصوص عن أحمد أنَّ قول النَّبيِّ ﷺ: «إذا اختلفتم في الطَّريق؛

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٠/ ٤٠٣.

(٢) ينظر: الأحكام السلطانية ص٣٠٦.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٠/ ٤٠٣.

(٤) في (د): وقال. وقد سقطت من (ب).

(٥) هو إبراهيم بن يعقوب بن إسحاق أبو إسحاق السعدي الجوزجاني، خطيب دمشق وإمامها وعالمها، حدث عن يزيد بن هارون وأبي عاصم النبيل وآخرين، وله المصنفات المشهورة المفيدة، منها: "المترجم" فيه علوم غزيرة وفوائد كثيرة، توفي ٢٦٥هـ. ينظر: تاريخ دمشق لابن عساكر ٧/ ٢٧٨، البداية والنهاية ١٤/ ٥٤٤.

فاجعلوه سبعة أذرع»[(١)]، في أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها، وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها[(٢)] للطَّريق.

وبذلك فسره ابن بطَّة وأبو حفص العكبريُّ والأصحاب، وأنكروا جواز تضييق الطَّريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع.

ومنها: بناء غير المساجد في الطُّرقات؛ فإن كان البناء للوقف على المسجد؛ فهو كبناء المسجد، قاله الشَّيخ تقيُّ الدِّين[(٣)].

وكذا إن كان لمصلحة عامَّة؛ كخان مسبَّل[(٤)] ونحوه.

وإن كان لمنفعة تختصُّ بآحاد النَّاس؛ فالمشهور: عدم جوازه؛ لأنَّ الطَّريق مشترك؛ فلا يملك أحد إسقاط الحقِّ المشترك فيه[(٥)] والاختصاص به، ولا يملك الإمام الإذن في ذلك.

وفي «كتاب الطُّرقات» لابن بطَّة: إن بعض الأصحاب أفتى بجوازه، وأخذه من نصِّ أحمد في بناء المسجد، والفرق واضح؛ لأنَّ المسجد حقُّ الاشتراك فيه باقٍ، غير أنَّه انتقل من استحقاق المرور إلى

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ أحمد (٢٠٩٨)، من مسند ابن عباس رضي الله عنهما، وفي (١٠١٣٥)، من مسند أبي هريرة رضي الله عنه.
وقد أخرجه البخاري (٢٤٧٣)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا تشاجروا في الطريق بسبعة أذرع».

(٢) في (ب): فيها.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/ ٤٠٢).

(٤) في (ب): سبيل.

(٥) في (أ): منه.

استحقاق اللُّبث للعبادة[١].

وكلام أحمد يدلُّ على المنع، قال في رواية ابن القاسم: إذا كان الطَّريق قد سلكه النَّاس وصُيِّر طريقًا؛ فليس لأحد أن يأخذ منه شيئًا قليلًا ولا كثيرًا.

وقال في رواية العباس بن موسى[٢]: إذا نضب الماء عن جزيرة؛ لم يبن فيها؛ لأنَّ فيها[٣] ضررًا، وهو أنَّ الماء يرجع[٤].

قال القاضي: معناه: إذا بنى في طريق المارَّة، فيضرُّ بالمارَّة في ذلك الطَّريق؛ فلم يجوِّزه.

وكره في رواية ابن بختان أن يطحن في الغروب، وقال: ربَّما غرقت السُّفن.

وقال في رواية مثنَّى: إذا كانت في طريق النَّاس؛ فلا يعجبني[٥].

والغروب: كأنَّها طاحونة، تصنع في النَّهر الَّذي تجري فيه السُّفن.

وكره شراء ما يُطحن فيها.

وذكر ابن عقيل في الغربة في النَّهر: إن كان وضعها بإذن الإمام، والطَّريق واسع، والجريان معتدل بحيث يمكن الاحتراز منه؛ جاز، وإلَّا

---

(١) في (ب): المعتاد.

(٢) هو عباس بن محمد بن موسى الخلال، بغدادي، كان من أصحاب الإمام أحمد الأولين الذين كان أبو عبد الله يعتد بهم. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٣٩.

(٣) في (ب) و(ج) و(د): فيه.

(٤) ينظر: الأحكام السلطانية ص ٢١٢.

(٥) ينظر: الروايتين والوجهين ١/ ٤٥٣.

لم يجز.

ولعلَّ الغربة - كالسَّفينة - لا يتأبَّد، بخلاف البناء.

وحكم الغراس حكم البناء، وقد قال أحمد في النَّخلة المغروسة في المسجد: إنَّها غُرست بغير حقٍّ؛ فلا أحبُّ الأكل منها، ولو قلعها الإمام كان أولى.

ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة؛ كصاحب «المبهج»[(١)]، وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء.

ونصَّ أحمد في رواية ابن هانئ وابن بختان، في دار السَّبيل يُغرَس فيها كرمٌ؛ قال: إن كان يضرُّ بهم؛ فلا.

وظاهره: جوازه مع انتفاء الضَّرر، ولعلَّ الغرس كان لجهة[(٢)] السَّبيل أيضًا.

ومنها: اختصاص آحاد النَّاس في الطَّريق بانتفاع لا يتأبَّد.

فمن ذلك: الجلوس للبيع والشِّراء؛ فقال الأكثرون: إن كان الطَّريق واسعًا، ولا ضرر في الجلوس بالمارَّة؛ جاز بإذن الإمام ودون إذنه، وإلَّا لم يجز، وللإمام[(٣)] أن يقطعه من شاء.

وذكر القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة» في جوازه بدون إذن الإمام روايتين.

---

(١) في (ب): المنهج.

(٢) في (ب) و(د): بجهة.

(٣) في (ب): (للإمام) بدون الواو.

وحكى في كتاب «الرِّوايتين» في المسألة روايتين: بالجواز[١] والمنع، وحملهما[٢] على اختلاف حالين؛ فالجواز إذا لم يضرَّ بالمارة، والمنع إذا أضرَّ، وجعل حقَّ الجلوس كحقِّ الاستطراق؛ لأنَّه لا يعطِّل حقَّ المرور بالكليَّة؛ فهو كالقيام فيها لحاجة.

وأظنُّ ابن بطة حكى قبله[٣] روايتين مطلقتين في الجواز وعدمه، وكذلك ذكر صاحب «المقنع» في الجلوس في الطَّريق الواسع؛ هل يوجب ضمان ما عثر به؟ على وجهين، وذلك يدلُّ على الخلاف في جوازه.

وأمَّا القاضي؛ فقال: لا يضمن بالجلوس رواية واحدة.

ومن ذلك: لو ربط دابَّته أو أوقفها في الطرَّيق، والمنصوص: منعه.

قال في رواية أبي الحارث: إذا أقام دابَّته[٤] في[٥] الطَّريق؛ فهو ضامن لما جنت، ليس له في الطريق حقٌّ[٦].

وكذلك نقل عنه أبو طالب وحنبل ضمان جناية الدَّابَّة إذا ربطها في الطَّريق[٧].

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): الجواز.
(٢) في (ب) (ج) و(د) و(و) و(ن): ثمَّ حملهما. وفي (هـ): ثمَّ حملها.
(٣) في (ب) و(و): فيه.
(٤) في (ب) و(د) و(ن): دابَّة.
(٥) في (ب) وباقي النسخ: على.
(٦) ينظر: الروايتين والوجهين للقاضي ٢/ ٣٥٠.
(٧) نقل القاضي رواية أبي طالب في الروايتين والوجهين ٢/ ٣٥٠.

وكذلك أطلق ابن أبي موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة الضِّيق والسَّعة؛ ومأخذه: أنَّ طبع الدَّابَّة الجناية بفمها أو برجلها، فإيقافها في الطَّريق كوضع الحجر ونصب السِّكين فيه.

وحكى القاضي في كتاب «الرِّوايتين» رواية أخرى بعدم الضَّمان إذا وقف في طريق واسع؛ لقول أحمد في رواية أحمد بن سعيد: إذا وقف على نحو ما يقف النَّاس، أو في موضع يجوز أن يقف في مثله، فنفحت بيد أو رجل؛ فلا شيء عليه، قال القاضي: ظاهره أنَّه لا ضمان إذا كان واقفًا لحاجة وكان الطَّريق واسعًا[١]، فهو كالقيام فيها لحاجة(١).

وأمَّا الآمديُّ؛ فحمل المنع على حالة ضيق الطَّريق، والجواز على حالة سعته، فالمذهب(٢) عنده: الجواز مع السَّعة وعدم الإضرار رواية واحدة.

ومن المتأخرين من جعل المذهب: المنع رواية واحدة.

وصرَّح صاحب «التلخيص» بجريان الخلاف في صورتي القيام والرَّبط.

وخالف بعض المتأخرين، وقال: الرَّبط عدوان بكلِّ حال.

وربط السَّفينة وإرساؤها في النَّهر المسلوك؛ قال ابن عقيل: إن كان

---

[١] كتب على هامش (ن): (ظاهر كلامه: اشتراط أحد الأمرين لا كليهما).

---

(١) قوله: (فهو كالقيام فيها لحاجة) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن). ينظر: الروايتين والوجهين ٢/ ٣٥٠.
(٢) في (ب) و(هـ): والمذهب.

بإذن الإمام والطَّريق واسع والجريان معتدل؛ جاز، وإلَّا لم يجز.

وخالف بعض الأصحاب في اعتبار إذن الإمام في هذا؛ لتكرُّره، قال الميمونِّي: ملت أنا وأبو عبد الله إلى الزَّواريق - يعني: في دجلة -، فاكترى زورقًا من الزَّواريق، فرأيته يتخطَّى زواريق عدَّة لأناس، ولم أره استأذن أحدًا منهم؛ قال بعض الأصحاب: لأنَّه حريم دجلة، وهو مشترك بين المسلمين، فلما ضيَّقوه؛ جاز المشي عليه.

وعلى قياس ذلك: لو وُضع في المسجد سريرٌ ونحوه؛ جازت الصَّلاة عليه من غير استئذان، بخلاف ما إذا بسط فيه مصلًّى، وقلنا: لا يثبت به السَّبق؛ فإنَّه يُرفع ويُصلَّى موضعه، ولا يصلَّى عليه؛ لأنَّ رفعه لا مشقَّة فيه.

ومن ذلك: الانتفاع بالطَّريق بإلقاء الكناسة والأقذار، فإن كانت[(١)] نجاسة؛ فهو كالتَّخلي في الطريق، وهو منهيٌّ عنه، لكن هل هو نهي كراهة أو تحريم؟ كلام الأصحاب مختلف في ذلك.

وإن كان ممَّا يحصل به الزَّلق؛ كرشِّ الماء وصبِّه، وإلقاء قشور البطيخ، أو يحصل به العثور كالحجر؛ فلا يجوز، والضَّمان واجب به، وقد نصَّ عليه أحمد في رشِّ الماء.

قال في «التَّرغيب»: إلَّا أن يرشَّه؛ ليسكن الغبار؛ فهو مصلحة عامَّة، فيصير كحفر البئر للسَّابلة، وفيه روايتان.

ومنها: الحفر في الطَّريق، وهو ممنوع، سواء تركه ظاهرًا أو غطَّاه

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): كان.

وأسقف[١] عليه، قال المرُّوذيُّ: سألت أبا عبد الله عن الرَّجل يحفر في فنائه البئر أو المخرج المعلَّق؟ قال: لا، هذا طريق المسلمين[٢]، قلت: إنَّما هي بئر تحفر ويُسدُّ رأسها، قال: أليس في طريق المسلمين؟! أكره هذا كلَّه[٣].

فمنع من التَّصرُّف في باطن الطَّريق بالحفر.

ونقل عنه ابن هانئ وابن بختان والفضل بن زياد: في رجل في داره شجرة، فنبت من عروقها شجرة في دار رجل آخر: لمن الشَّجرة؟ قال: ما أدري ما هذا؟ ربَّما كان ضررًا على صاحب الأرض[٤].

قال القاضي: وظاهر هذا أنَّه إذا لم يكن فيها ضرر، وهو أن تكون[٥] عروقها تحت الأرض، لا يؤخذ بقلعها؛ لأنَّ الضَّرر إنَّما يكون بظهورها على وجه الأرض، انتهى.

وفيه نظر ظاهر[٦]، وصرَّح ابن عقيل في «الواضح في أصول الفقه» بوجوب إزالة عروق شجره[٧] من أرض غيره.

---

(١) في (أ): وسقف.
(٢) في (ب) و(و): للمسلمين.
(٣) ينظر: الأحكام السلطانية ص ٣٠٧.
(٤) نقلها القاضي عن ابن هانئ في الأحكام السلطانية ص ٣٠١.
(٥) في (ب) و(هـ): يكون.
(٦) قوله: (ظاهر) سقط من (أ).
(٧) في (ب): الشَّجرة. وفي (ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): شجرته.

ومنها: إشراع الأجنحة والساباطات والخشب والحجارة في الجدار إلى الطَّريق؛ فلا يجوز، ويضمن به، نصَّ عليه أحمد في رواية أبي طالب وابن منصور ومهنَّى وغيرهم[(١)]، ولم يعتبر إذن الإمام في ذلك، وكذا ذكر القاضي في «المجرَّد»، وصاحب «المغني».

وقال القاضي في «خلافه» والأكثرون: يجوز بإذن الإمام مع انتفاء الضَّرر به.

وفي «شرح الهداية» للشَّيخ مجد الدِّين في كتاب الصَّلاة: إن كان لا يضرُّ بالمارة جاز.

وهل يفتقر إلى إذن الإمام؟ على روايتين:

إحداهما: يفتقر؛ لأنَّه ملك مشترك بين المسلمين؛ فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصَّة إلَّا للإمام.

والثَّانية: لا يفتقر؛ لأنَّ منفعة الطَّريق المرور، وهو لا يختلُّ[(٢)] بذلك.

وأمَّا الميازيب ومسيل المياه؛ فكذلك عند الأصحاب، قال المروذيُّ: سُقِّف لأبي عبد الله سطح الحاكة، وجعل مسيل الماء إلى الطَّريق، وبات تلك اللَّيلة، فلما أصبح قال: ادع إليَّ النَّجَّار يحوِّل الميزاب إلى الدَّار، فدعوته له، فحوَّله[(٣)].

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٧/ ٣٤٤٧): قلت: البوري، والحجر، والعمود، وأشباه ذلك يكون بالطريق؟ قال أحمد: (كل ما كان في غير حقهم يضمن ما أصاب).

(٢) في (ب): يحتمل. وفي (هـ): يخلُّ.

(٣) تنظر الرواية: في مجموع الفتاوى ٣٠/ ٤٠١.

وهذا لا يدلُّ على التَّحريم؛ لأنَّه لو اعتقده محرمًا لم يفعله ابتداء، وإنَّما حوَّله؛ تورعًا لحصول الشُّبهة فيه.

وفي «المغني» احتمال بجوازه مطلقًا مع انتفاء الضَّرر، واختاره طائفة من المتأخِّرين.

وقال الشَّيخ تقي الدِّين: إخراج الميازيب إلى الدَّرب النَّافذ هو السُّنَّة(١)، وذكر حديث العبَّاس في ذلك(٢).

والمانعون يقولون: ميزاب العبَّاس وضعه النَّبيُّ ﷺ بيده؛ فكان أبلغ من إذنه فيه[١]، ولا كلام فيما أذن فيه(٣) الإمام، والله أعلم(٤).

---

[١] كتب على هامش (و): (فعل النبي ﷺ يحصل لأمته التأسي به، إذ لا دليل على التخصيص، ولو كان وضعه مما يشترط فيه إذن الإمام لبينه؛ لأنه محل الحاجة، ولا يجوز تأخير البيان عن علمها، فحينئذ توجه الاستدلال بحديث العباس على ما ذكر).

---

(١) قال في الإنصاف (١٣/ ١٨٤): (فعلى هذا، لا ضمان).

(٢) أخرجه أحمد (١٧٩٠)، وعبد الرزاق (١٥٢٦٤)، وأبو داود في المراسيل (٤٠٦)، والبيهقي (١١٣٦٣)، من طرق: أن عمر بن الخطاب ﷺ نزع ميزابًا كان للعباس في المسجد، فقال العباس: «إن رسول الله ﷺ هو الذي وضعه بيده»، فقال عمر: فلا يكونن لك سلمًا إليه إلا ظهري، قال: فانحنى له عمر، فركب العباس على ظهره، فأثبته. وقال ابن أبي حاتم في العلل (٤/ ٢٤٨): سألت أبي عنه فقال: (هو خطأ)، وقال ابن حجر في التلخيص (٣/ ١١٠): (رواه البيهقي من أوجه أخر ضعيفة أو منقطعة)، وضعفه الألباني في الإرواء ٥/ ٢٥٦، وحسنه محقِّقًا المسند بطرقه.

(٣) في (ب): به.

(٤) قوله: (والله أعلم) سقط من (ب) و(د).

قاعدة [٨٩]

أسباب الضَّمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف.

أمَّا عقود الضَّمان؛ فقد سبق ذكرها[١]، وكذلك سبق ذكر الأيدي الضَّامنة.

وأمَّا الإتلاف؛ فالمراد به: أن يباشر الإتلاف بسببٍ يقتضيه؛ كالقتل والإحراق، أو ينصب سببًا عدوانيًّا(١)، فيحصل به الإتلاف؛ كأن يحفر بئرًا في غير ملكه عدوانًا، أو يؤجِّج نارًا في يوم ريح عاصف، فيتعدَّى إلى إتلاف مال الغير، أو كان المال محتبسًا بشيء وعادته الانطلاق؛ فيزيل احتباسه، وسواء كان له اختيار في انطلاقه أو لم يكن؛ فدخل تحت ذلك ما إذا حلَّ وكاء زقٍّ مائع فاندفق، أو فتح(٢) قفصًا عن طائر فطار، أو حلَّ قيد عبد آبق فهرب، هذا هو الَّذي ذكره ابن حامد والقاضي والأكثرون؛ لأنَّه تسبَّب إلى الإتلاف بما يقتضيه عادة.

واستثنى ابن عقيل في «فنونه»: ما كان من الطُّيور يألف البروج

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في القاعدة الثالثة والأربعين).

(١) في (ب): شيئًا عدوانًا.
(٢) في (أ): وفتح.

ويعتاد العود؛ فقال: لا ضمان في إطلاقه وإن لم يعد؛ لأنَّ العادة جارية بعوده؛ فليس إطلاقه إتلافًا.

وقال أيضًا في «الفنون»: الصَّحيح التَّفرقة بين ما يُحال الضَّمان على فعله؛ كالآدميِّ، وما لا يُحال عليه الضَّمان؛ كالحيوانات والجمادات، فإذا حلَّ قيد العبد؛ لم يضمن؛ لأنَّ العبد له اختيار، ويصحُّ إحالة الضمان عليه؛ فيقطع مباشرتُه للتَّلف تَسبُّبَ مطلقِه.

وهذا الَّذي قاله إنَّما يصحُّ لو كان العبد من أهل الضَّمان لسيِّده، فأمَّا إذا لم يكن من أهل الضَّمان للسَّيِّد؛ تعيَّن إحالة الضَّمان على المتسبب، ولهذا قال الأصحاب: إنَّ جناية العبد المغصوب على سيِّده مضمونة على الغاصب، حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد، فأُحيل على الغاصب؛ لتعدِّيه بوضع يده عليه، مع أنَّه ليس سببًا للجناية.

ولكن خرَّج ابن الزاغونيِّ في «الإقناع» وجهًا آخر: أنَّه لا ضمان على الغاصب؛ لأنَّ الجناية من أصلها غير قابلة للتَّضمين؛ لتعلُّقها[(١)] بالرَّقبة المملوكة للمجنيِّ عليه؛ فلا يلزم الغاصبَ منها شيء، ولا يلزم مثله في مُطْلِق العبد؛ لأنَّه متسبب إلى الإتلاف، فإذا لم يمكن إحالة الضَّمان على المباشر أحيل على المتسبِّب؛ صيانةً للجناية على مال المعصوم عن الإهدار مهما أمكن.

وخرَّج الآمديُّ وجهًا آخر: أنَّ جناية العبد على سيِّده مضمونة عليه

---

(١) في (ب): ليعلِّقها.

في ذمَّته، يتبع بها بعد عتقه.

وههنا فرع يتردَّد[(١)] فيه بين ضمان اليد والإتلاف: وهو ما إذا حفر بئرًا عدوانًا أو نصب شبكة أو منجلًا للصَّيد، ثمَّ مات، ثمَّ وقع في البئر حيوان مضمون، أو عثر بآلات الصَّيد حيوان مضمون؛ فإن جعلناه من باب الإتلاف؛ ضمن من التَّركة، وبه صرَّح القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل في «الفصول» في باب الرَّهن؛ حتَّى قالا: لو بيعت التَّركة لفُسِخ في قدر الضَّمان منها؛ لسبق سببه، ولو كانت التَّركة عبدًا فأعتقه الورثة قبل الوقوع؛ ضمنوا قيمة العبد؛ كالمرهون، صرَّح به القاضي في «الخلاف».

وإن جعلناه من ضمان اليد؛ فهل يجعل كيده المشاهدة بعد الموت، أو يجعل اليد لمن انتقل الملك إليه؟ يحتمل وجهين أصلهما اختلاف الأصحاب فيما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته؛ هل هو تركةٌ موروثةٌ؛ جعلًا لها كيده المشاهدة، أو هو ملك للورثة؛ لأنه صار[(٢)] كأيديهم؟

والذي صرَّح به القاضي وابن عقيل: أنَّه تركة موروثة.

وقال أبو الخطَّاب في «الانتصار»: بل[(٣)] هو ملك للوارث بانتقال ملك الشَّبكة إليه، كما يتولَّد من النِّتاج الموروث ويثمر من الشَّجر[(٤)].

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): متردِّد. وفي (ن): تردد.

(٢) في (ب): صارت.

(٣) في (ب): هل.

(٤) قوله: (بانتقال ملك الشَّبكة إليه، كما يتولَّد من النِّتاج الموروث ويثمر من الشَّجر) سقط من (ب).

وأمَّا في العدوان المجرَّد؛ فيحتمل أن ينقطع حكمه بالموت، ويحتمل أن يكون ضمانه من تركة المتعدِّي؛ لانعقاد سببه في حياته.

ويشبه ذلك: الاختلاف[١] فيمن مال حائطه، فطولب بنقضه، فباعه، ثمَّ سقط؛ هل يسقط عنه الضَّمان؟ فيه وجهان سبق ذكرهما.

وهل يجب الضَّمان على من انتقل إليه الملك[٢] إذا استدامه أم لا؟ الأظهر وجوبه عليه؛ كمن اشترى حائطًا مائلًا؛ فإنَّه يقوم مقام البائع فيه، فإذا طولب بإزالته فلم يفعل؛ ضَمِن على رواية.

ولو حفر عبده بئرًا عدوانًا بغير إذنه، ثمَّ أعتقه، ثمَّ تلف بها مالٌ أو غيره؛ ففي «المغني»: الضَّمان على العبد؛ لاستقلاله بالجناية.

وفي «التَّلخيص»: هو على السَّيِّد بقدر قيمة العبد فما دون؛ لثبوته عليه[٣] قبل العتق بذلك؛ فقد وجد السَّبب في ملكه، فلا ينتقل، وهو بعيد.

تنبيه: لو أتلف الغاصب المغصوب؛ ضمنه ضمان إتلافٍ ويدٍ.

وقد نصَّ أحمد على أنَّ من أمسك صيدًا في الحرم، ثمَّ كفَّر عنه، ثمَّ ذبحه: أنَّه يجزئه.

وهذا يدلُّ على أنَّه جعله ضمان يد، وإلَّا لما جاز تقديم كفَّارة الإتلاف عليه، ويدلُّ أيضًا على جواز تقديم الكفَّارة، وإن كان يمكن أن

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): الخلاف.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: الملك إليه.

(٣) في (ب): على العبد.

توجبها معصيته[١].

وفيه وجه بالمنع ذكره القاضي في «تعليقه»؛ لأنَّ التَّقديم رخصة؛ فلا تستباح بمحرَّم[٢].

(١) في (و): موجبها معصيته. مكان قوله: (يمكن أن توجبها معصيته)

(٢) من قوله: (تنبيه) إلى هنا سقط من (أ).

قاعدة [٩٠]

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة:

يدٌ يمكن أن يثبت باستيلائها الملك؛ فينتفي الضَّمان عمَّا تستولي عليه، سواء حصل الملك به أو لم يحصل.

ويدٌ لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضَّمان.

ويدٌ لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضَّمان.

أمَّا الأولى؛ فيدخل فيها صور:

منها: استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب.

ومنها: استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين؛ لأنَّهم يملكون علينا بالاستيلاء، وهو المشهور عند الأصحاب.

وينتفي الضَّمان عنهم فيما لم يملكوه أيضًا ممَّا تثبت[1] عليه الأيدي؛ كأمِّ الولد، وما لم يحوزوه إلى دارهم وما شرد إليهم من دوابِّ المسلمين وأرقَّائهم[2] على قولنا: إنَّهم لا يملكون ذلك.

ومنها: استيلاء الأب على مال الابن، فإن كان استيلاء يحصل به الملك؛ فلا إشكال في انتفاء الضَّمان، وإن كان على غير وجه

(١) في (ب) و(د): ثبت.

(٢) في (ب) و(هـ): أرقابهم.

التَّمليك(١)؛ فلا يثبت به الضَّمان ولو أتلفه على أصحِّ الوجهين، وهو المذهب عند صاحب «المحرَّر»[١].

وأمَّا اليد الثَّانية؛ فيدخل فيها صور:

منها: من له ولاية شرعية بالقبض.

ومنها: من قبض المال لحفظه على المالك؛ فإنَّه لا يضمنه، وقد نصَّ أحمد فيمن أخذ آبقًا ليردَّه على سيِّده، فهرب منه: أنَّه لا ضمان عليه(٢)، لكن[٢] أخذ الآبق فيه إذن شرعيٌّ(٣).

وفي «التَّلخيص» وجه آخر بالضَّمان في المستنقذ من الغاصب للردِّ(٤)؛ لعدم الولاية، وهو ضعيف.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومقابله - وهو الوجه الآخر - هو مقتضى عبارة «المقنع»؛ لأنه قال: وليس للابن مطالبة أبيه بدين، ولا قيمة متلف، ولا أرش جناية).

[٢] كتب على هامش (ن): لعله: لأن.

---

(١) (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): التَّملُّك.

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٧٩): قلت: رجل أخذ عبدًا آبقًا، فأبق منه؟ قال: ليس عليه شيء.
وفي مسائل عبد الله (ص ٣١٠)، قال: سألت أبي عن الآبق إذا أخذه الرجل ثم أبق منه؟ قال: (ليس عليه شيء).

(٣) يشير إلى ما رواه ابن أبي شيبة (٢١٩٠) عن سعيد بن المسيب: «أن عمر رضي الله عنه جَعَل في جُعْل الآبق دينارًا أو اثني عشر درهمًا». وروي نحوه عن علي وابن مسعود. تقدم تخريج ذلك (١/ ٢٦٦).

(٤) في (ب): الرَّد.

ولو كان القابض حاكمًا؛ فهو أولى بنفي الضَّمان؛ لعموم ولايته.

وفي «التَّلخيص» فيما إذا حمل المغصوب إليه ليدفعه إلى مالكه؛ هل[١] يلزمه قبوله؟ على وجهين، وصحَّح اللُّزوم، وهو تفريق بين الحاكم وغيره.

وفي «المجرد» و«الفصول» و«المغني»: ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المغصوب إلَّا أن يكون له ولاية عليه بوجه ما؛ مثل أن يجده في تركة ميت ووارثه غائب؛ فله الأخذ؛ لأنَّ له ولاية على تركة الميت بتنفيذ[٢] وصاياه وقضاء ديونه، أو يجدها في يد سارق فيقطعه وينتزع منه العين تبعًا لولاية القطع.

والمسألة مذكورة في مسألة وجوب القصاص للغائب، ومسألة قطع السَّارق لمال الغائب.

ومنها: الطَّائفة الممتنعة عن حكم الإمام؛ كالبغاة؛ لا يضمن الإمام وطائفته ما أتلفوه عليهم حال الحرب.

وفي تضمينهم ما أتلفوه على الإمام في تلك الحال روايتان، أصحُّهما: نفي الضَّمان؛ إلحاقًا لهم بالمحاربين[٣].

وأمَّا أهل الرِّدَّة إذا لحقوا بدار الحرب، أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم مَنَعةٌ؛ ففي تضمينهم روايتان أيضًا، واختار أبو بكر: عدم

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): فهل.
(٢) في (ب) و(ن): لتنفيذ.
(٣) في (ب) وباقي النسخ: بأهل الحرب.

التَّضمين؛ إلحاقًا لهم بأهل دار الحرب[١].

وأمَّا اليد الثَّالثة؛ فهي اليد العادِيَةُ الَّتي يترتَّب عليها الضَّمان.

(١) في (أ): أهل الحرب.

قاعدة [٩١]

يضمن بالعقد وباليد: الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النَّقل.

فأمَّا غير المنقول؛ فالمشهور عند الأصحاب: أنَّه يضمن بالعقد وباليد أيضًا، كما يضمن في عقود التَّمليكات بالاتِّفاق.

ونقل ابن منصور عن أحمد: أنَّ العقار لا يضمن بمجرَّد اليد في الغصب من غير إتلاف[١]، وكذلك قال أبو حفص العكبريُّ في العارية فيما قرأته بخطِّ القاضي.

وأمَّا المنقول؛ فإن حصل نقله؛ ترتَّب عليه ضمان اليد والعقد.

وإن لم يوجد النَّقل؛ فهل يضمن بالعقد؟ فيه كلام سبق في أحكام المقبوض[٢].

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٦٨٧): (قلت: فإن غصب سفينة فغرقت؟ قال: يغرم، وأما إذا غصب أرضًا فزرعها فأصابها غرق من قبل الغاصب؛ غرم قيمة الأرض، وإن كان شيئًا من السماء فليس عليه شيء، فإن أصاب الزرع شيء: فعلى الغاصب كرى الأرض لرب الأرض بقدر ما شغل الأرض).
قال ابن قدامة: (وظاهر هذا: أنها لا تضمن بالغصب) ينظر: المغني ٥/ ١٧٩.

(٢) في (ب) و(ج) و(د): القبوض.

وأمَّا اليد المجرَّدة؛ فقال القاضي في «خلافه»: لا يتوقَّف الضَّمان بها على النَّقل أيضًا كالعقد، وكما يصير المودع ضامنًا بمجرَّد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة يد.

ورتَّب على ذلك: أنَّه لو باع الغاصب العين المغصوبة، وخلَّى بينها وبين المشتري، فتلفت قبل النَّقل، ثمَّ جاء المالك: أنَّ له تضمين المشتري، قال: وإن سلمناه؛ - يعني: منع تضمينه[1] -؛ فلأنَّه لم يحصل كمال الاستيلاء، وهو النَّقل فيما يمكن نقله.

وجزم ابن عقيل في «نظرياته»: بأنَّ المشتري ههنا لا يضمنه ضمان غصب، وإن كان يضمنه في البيع الصَّحيح ضمان عقد بمجرَّد التَّخلية؛ وقاسه على العقار، فإنَّ البائع إذا خلَّى بينه وبين المشتري؛ صار من ضمانه بالعقد، ولو ظهر له مستحقٌّ لم يضمنه بذلك ضمان غصب، وإنَّما تردَّد في هذا؛ لأنَّه فرع متردِّد بين الضَّمان بالعقد وباليد.

وفي «التلخيص»: إثبات اليد فيما ينقل بالنَّقل، إلَّا في الدَّابَّة فإنَّ ركوبها كاف، وكذلك الجلوس على الفرش؛ لأنَّه غاية الاستيلاء، وصرَّح القاضي في «خلافه» بمثل ذلك في الدَّابَّة.

وأمَّا غير الأموال المحضة؛ فنوعان:

أحدهما: ما فيه شائبة الحريَّة؛ لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها؛ كأمِّ الولد والمكاتب والمدبَّر؛ فيضمن باليد على ما ذكره القاضي والأصحاب.

---

(١) في (ب): تضمُّنه.

وكذلك يضمن بالعقد الفاسد في قياس المذهب، قاله أبو البركات في «تعليقه على الهداية».

والثَّاني: الحرُّ المحض؛ هل تثبت عليه اليد، فيترتَّب عليها الضَّمان أم لا؟

المعروف من المذهب: أنَّ الحرَّ لا تثبت عليه اليد؛ فلا يضمن بها بحال، ولو كان تابعًا لمن يثبت[١] عليه اليد؛ كمن غصب أمة حاملًا بحرٍّ، ذكره القاضي في «خلافه» بما يشعر أنَّه محلُّ وفاق.

وحكى القاضي أيضًا[٢] في «خلافه»، وتابعه صاحب «المحرر» في ثبوت اليد على الحرِّ الصَّغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين[٣]؛ لشبهه بالعبد، حيث يتمكَّن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقِّه.

وقال القاضي في مواضع متعدِّدة من «خلافه»: تثبت اليد على الحرِّ الكبير بالعقد دون اليد.

وبنى على ذلك: أنَّ الأجير الخاصَّ إذا سلَّم نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله؛ استقرَّت له الأجرة؛ لتلف منافعه تحت يده.

وكذلك يجب المهر بالخلوة في النِّكاح الفاسد عندنا؛ لدخول

(١) في (ب): ثبت. وفي (هـ): ثبتت.
(٢) قوله: (أيضًا) سقط من (ب).
(٣) قال في المحرر (٢/ ١٣٦): (ومن غصب صغيرًا فهلك عنده بحية أو صاعقة؛ ففيه ديته، وإن هلك بمرض لم يضمنه، نقله أبو الصقر. وعنه: يضمنه، نقله ابن منصور).

المنفعة تحت اليد بالتَّمكن من الاستيفاء.

وكذلك لو تداعى اثنان زوجيَّة امرأة، وأقاما البيِّنة، وهي في يد أحدهما؛ فهي له؛ ترجيحًا باليد، كذا ذكره القاضي، وإنَّما يتوجَّه على قولنا بتقديم بيِّنة الدَّاخل.

وحكى صاحب «التَّلخيص» وجهًا بثبوت اليد على منافع الحرِّ دون ذاته، ورتَّب عليه صحَّة إجارة المستأجر للأجير الخاصِّ.

وجزم الأزجيُّ في «النِّهاية» بصحَّته، وبنى عليه جواز إجارة الكافر للمسلم المستأجر معه، وذكر احتمالين.

وبنى صاحب «التَّلخيص» أيضًا على ذلك: مسألة[١] غصب الحرِّ وحبسه عن العمل، فإنَّ في وجوب ضمان أجرته وجهين.

تنبيه: من الأصحاب من قال: منفعة البُضع لا يدخل تحت اليد، وبه جزم القاضي في «خلافه» وابن عقيل في «تذكرته» وغيرهما، وفرَّعوا عليه صحَّة تزويج الأمة المغصوبة، وأنَّ الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النِّكاح حتى فات بالكبر.

وخالف ابن المنيِّ، وجزم في «تعليقه» بضمان مهر الأمة بتفويت النِّكاح، وذكر في الحرَّة تردُّدًا؛ لامتناع[٢] ثبوت اليد عليها.

وقد يتفرَّع على ذلك: أنَّ الأمة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت، ثمَّ تلفت من الولادة؛ ضمنها الواطئ، بخلاف الحرَّة إذا زنى

(١) قوله: (مسألة) سقط من (ب) و(ج) و(هـ).

(٢) في (ب): لانتفاع.

بها كرهًا، فحملت، ثمَّ ماتت من الطَّلق؛ قال في «التَّلخيص»: لأنَّ الاستيلاد كأنَّه[(١)] إثبات يد، وهلاك تحت اليد المستولية على الرَّحم، والحرَّة لا تدخل تحت اليد، ومجرَّد السَّببِ ضعيفٌ.

وفي «المغني»: يضمنها مطلقًا لحصول[(٢)] التَّسبُّب في التَّلف.

(١) قوله: (كأنَّه) سقط من (ب).

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): بحصول.

قاعدة [٩٢]

هل تثبت[(١)] يد الضَّمان مع ثبوت يد المالك أم لا؟ في المسألة خلاف.

وقد قال أحمد في رواية ابن الحكم فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته: إنَّها ملكه، مع أنَّ مذهبه المشهور عنه: أنَّ الكفَّار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء.

والأظهر: أنَّه إن زال امتناع المالك وسلطانه؛ ثبت الضَّمان، وإلَّا فلا.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: لو غصب دابة عليها مالكها ومتاعه؛ ففي «الخلاف الكبير»: لا يضمن.

وكذا[(٢)] قال الأصحاب: لو استولى على حرٍّ كبير لم يضمن ثيابه؛ لأنَّها في يد المالك.

ولو كان الحرُّ صغيرًا، وقلنا: لا تثبت اليد عليه؛ ففي ثيابه وجهان؛

(١) في (ب): ثبت.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): وكذلك.

نظرًا إلى أنَّ يده لا قوَّة لها على المنع، وهذا يشهد لاعتبار بقاء الامتناع[(١)] في انتفاء الضَّمان.

ومنها: لو استأجر الدَّابَّة إلى مسافة فزاد عليها، أو لحمل شيء فزاد عليه، وهي في يد المُؤْجِر فتلفت؛ قال في «المجرد»: يضمن؛ لتعدِّيه بالزِّيادة، وسكوت المالك لا يمنع الضَّمان؛ كمن خرق ثوبه وهو لا يمنع.

وفي «التَّلخيص»: لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى، وإن تلفت بالحمل؛ ففي تكميل الضَّمان عليه وتنصيفه وجهان.

ويتوجَّه التفريق بين أن يكون قادرًا على الامتناع، أو لا يكون كذلك؛ فيجب الضَّمان مع عدم القدرة؛ كمن غصب دابَّة وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه، فإنَّ هذا زيادة عدوان؛ فلا يسقط به الضَّمان.

ومنها: الأجير المشترك إذا جنت يده على العين المستأجَر على العمل فيها، ويد صاحبها ثابتة عليها؛ فلا ضمان، قاله القاضي في «المجرَّد»، قال: لأنَّه ليس بأكثر من الغاصب، والغاصب لا يضمن ما دام يد صاحبه ثابتة عليه، انتهى.

ومراده بثبوت[(٢)] يد صاحبه: ثبوت سلطنته وتصرُّفه، ولهذا لو أعاد الغاصب المغصوب إلى يد المالك على وجه لا يعود تصرُّفه إليه؛ مثل:

---

(١) في (ب): الانتفاع.

(٢) في (ب) و(هـ) و(ن): ثبوت.

إن رهنه عنده، أو استأجره للعمل فيه؛ لم يبرأ بذلك على الصَّحيح؛ إلَّا أن يعلم أنَّه ملكه.

ومنها: لو دخل دار إنسان بغير إذنه أو جلس على بساطه بغير إذنه، والمالك جالس في الدَّار أو على البساط؛ ففي «الخلاف الكبير»: لا ضمان؛ وعلَّل بانتفاء الحيلولة ورفع اليد.

وكذلك قال فيمن ركب دابَّة غيره: إن حال بينه وبينها ورفع يده عنها؛ ضمن، وهذا يرجع إلى اشتراط القهر والحيلولة للضَّمان.

وفي «التَّلخيص»: لو دخل دار المالك وهو فيها قاصدًا للغصب؛ فهو غاصب للنِّصف؛ لاجتماع يدهما واستيلائهما، بشرط قوَّة الدَّاخل وتمكُّنه من القهر، وإن كان المالك غائبًا؛ فالدُّخول غصب بكلِّ حال؛ لحصول الاستيلاء به.

وذكر بعض أصحابنا في «خلافه»: أنَّ الجالس على بساط غيره بغير إذنه يكون ضامنًا لما جلس عليه منه، والدَّاخل إن دخل بنيَّة الغصب؛ صار غاصبًا.

ومنها: لو أردف المالكَ خلفه على الدَّابة، فتلفت؛ فهل يضمن الرَّديف نصف القيمة؛ لكونه مستعيرًا، أم لا؛ لثبوت يد المالك عليها؟ ذكر في «التَّلخيص» احتمالين، وصحَّح الثَّاني.

تنبيه: لو كانت العين ملكًا لاثنين، فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده، وأقرَّ الآخر على حاله؛ فهل يكون غاصبًا لنصيب من رفع يده خاصَّة، أم هو غاصب لنصف العين من الشَّريك مشاعًا؟

قال القاضي وابن عقيل: هو غاصب لنصف من رفع يده فقط، ورجَّحه الشيخ تقي الدين، مستدلًّا بأنَّ «الأعمال بالنِّيَّات»(١).

فعلى هذا، لو استغلَّ(٢) الغاصب والشَّريك الملك، أو انتفعا به؛ لم يلزم هذا الشَّريكَ لشريكه المُخرَجِ شيءٌ، ولو(٣) باعا العين؛ صحَّ في نصيب الشَّريك البائع كلِّه، وبطل في النِّصف الذي باعه الغاصب.

والمنصوص عن أحمد يدلُّ على خلاف ذلك؛ لأنَّه نصَّ في رواية حرب على أنَّ من غصب من قوم ضيعة، ثمَّ ردَّ إلى أحدهم نصيبه مشاعًا؛ لم يَطِبْ للمردود عليه الانفرادُ بما رَدَّ عليه، وهو يشبه أصله المنصوص عنه في منع إجارة(٤) المشاع من غير الشَّريك؛ لتعذُّر تسليمه بانفراده.

فعلى هذا ليس للشَّريك الَّذي لم يرفع يده التَّصرفُ إلَّا في الرُّبع خاصَّة، والرُّبع الآخر حقٌّ لشريكه المغصوب منه، ولم يجتمع ههنا يد المالك مع يد الغاصب في شيء.

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٤٥).
(٢) في (ب) و(ج) و(د): اشتغل.
(٣) في (ب) و(هـ) و(و): فلو.
(٤) في (أ): إجازة.

قاعدة [٩٣]

من قبض مغصوبًا من غاصبه، ولم يعلم أنَّه مغصوب؛ فالمشهور بين الأصحاب: أنَّه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة.

ثمَّ إن كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة؛ استقرَّ ضمانها عليه، ولم يرجع على الغاصب.

وإن ضمَّنه المالك ما لم يدخل على ضمانه، ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع؛ رجع به على الغاصب.

وإن كان حصل له به نفع؛ فهل يستقرُّ ضمانه عليه، أم يرجع به على الغاصب؟ على روايتين.

هذا ما ذكره القاضي والأكثرون، وفي بعضه[١] خلاف نشير إليه في موضعه[٢] إن شاء الله تعالى[٣].

---

(١) في (أ): بعضٍ.

(٢) قوله: (في موضعه) سقط من (ب).

(٣) زاد في (ج) و(د): (الخلاف المشار إليه ضابطه: هل يستقر الضَّمان على المباشر لإتلافه أو التَّلف تحت يده، أم على الغارِّ؛ لتسبُّبه إلى تضمين من لم يلتزم الضَّمان؟ على وجهين.

وهل يجوز مطالبة من لا يستقرُّ عليه الضَّمان، ثمَّ يرجع هو على من يستقرُّ عليه؟ =

وهذه الأيدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة[١]:

الأولى: الغاصبة، ويتعلَّق بها الضَّمان كأصلها، ويستقرُّ عليها مع التَّلف تحتها، ولا يطالب بما زاد على مدَّتها.

الثَّانية: الآخذة لمصلحة الدَّافع؛ كالاستيداع والوكالة بغير جُعْل؛ فالمشهور: أنَّ للمالك تضمينها، ثمَّ يرجع بما ضمنت على الغاصب؛ لتغريره.

---

[١] كتب على هامش (ن): (فاتته يد حادية عشرة، وهي القابضة للمغصوب ليرده إلى مالكه، وقد أشار إليها في الرعاية: أنها لا تضمن شيئًا.
وفاتته أيضًا: اليد القابضة من القابضة من الغاصب، ولم أجد فيها نصًّا للأصحاب هل يرجع القابض الثاني بما يضمنه على القابض الأول أو على الغاصب؟ وفي «الرعاية»: "إذا زوجَّ الأمةَ المغصوبةَ المشتري أو المتَّهبُ مَن جُهِل غصبها فدى ولده، وفي رجوعه به على الغاصب وبالمهر وأرش البكارة روايتان"، وهذا ظاهره: أن رجوع الزوج على الغاصب ابتداء، لا على المشتري والمتَّهب، وهو الظاهر؛ لأن الغرور لم يحصل منهما، بل من الغاصب).

= [على وجهين على القول بجوازه.
فإذا طولب به وضمنه؛ فهل يرجع به على الآخر أم يستقرَّ عليه لأنَّه أخذ] منه بحق؟ على وجهين أيضًا، وفيه وجه ثالث، وهو إن كان المطالب به الغاصب لم يرجع، ولو كان استقراره على غيره؛ لقوَّة عدوانيته، بخلاف ما إذا طولب الآخر؛ فإنَّه يرجع على الغاصب، ذكره أبو الخطَّاب في مسائل الطَّعام، وفيه رواية [أخرى] مخرَّجة: أنَّه لا يستقرُّ على القابض ضمان شيء بالكليَّة، سواء دخل على الضَّمان أم لا، ويستقرُّ الضَّمان على الغاصب في ذلك كلِّه).
ما بين معقوفين سقط من (د).

وفيه وجه آخر: باستقرار الضَّمان عليها؛ لتلف المال[(١)] تحتها من غير إذن، صرَّح به القاضي في «المجرَّد» في باب المضاربة، وسيأتي أصله.

ويتخرَّج وجه آخر: أنَّه لا يجوز تضمينها بحال، من الوجه المحكيِّ كذلك في المرتهن ونحوه، وأولى.

وخرَّجه الشيخ تقيُّ الدِّين من مودَع المودَع، حيث لا يجوز له الإيداع، فإنَّ الضَّمان على الأوَّل وحده[(٢)]، كذلك قال القاضي في «المجرد» وابن عقيل في «الفصول»، وذكرا أنَّه ظاهر كلام أحمد.

ومن الأصحاب من منع ظهوره.

وعلى تقدير أنَّه كذلك: فرَّقوا[(٣)] بين مودع المودع ومودع الغاصب؛ بأنَّ الموجِب للضَّمان في الأوَّل القبض، وهو سبب واحد؛ فلا يجب به الضَّمان من جهتين، بخلاف مودع الغاصب؛ فإنَّ قبضه صالحٌ لتضمينه

(١) في (أ): المال عليها.

(٢) في الاختيارات (ص ٢٣٦): (قال في المحرر: ومن قبض مغصوبًا من غاصبه ولم يعلم؛ فهو بمنزلته في جواز تضمينه العين والمنفعة، لكنه يرجع إذا غرم على غاصب بما لم يلزمه ضمانه خاصة.
قال أبو العباس: يتخرج ألا يضمن الغاصب ما لم يلتزمه، على قولنا: إنه لا يقلع غرسه وبناءه حتى يضمن نقصه ويرجع به على البائع، وعلى ظاهر كلامه في المنع ومن تضمين مودع المودع إذا لم يعلم على إحدى الروايتين في المغرور: لا يضمن الأولاد بل يضمنهم الغار ابتداء).

(٣) في (ب) و(و) و(ن): ففرقوا.

حيث كان(١) الضَّمان مستقرًّا على الغاصب قبله، وبأنَّ الضَّمان ترتَّب على التَّقبيض؛ فهو متأخِّر عنه، والتَّقبيض(٢) وقع من يدٍ أمينة ولا عدوان فيه؛ لعدم العلم، فاختصَّ الضَّمان بالتَّعدي، بخلاف مودع الغاصب؛ لقبضه من يد ضامنة قبل القبض.

واعلم أنَّ ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرَّهن: أنَّ الوكيل والأمين(٣) في الرَّهن إذا باعا وقبضا الثَّمن، ثمَّ بان المبيع مستحقًّا؛ لم يلزمهما شيء؛ لا يناقض هذه المسألة كما يتوهَّمه من قصر فهمه؛ لأنَّ مراد الأصحاب بقولهم: (لم يلزم الوكيل شيء) أنَّه لا يطالبه المشتري بالثَّمن الذي أقبضه إيَّاه؛ لأنَّ حقوق العقد تتعلَّق بالموكِّل دون الوكيل، أمَّا أنَّ الوكيل لا يطالبه المستحقُّ للعين بالضَّمان؛ فهذا لم يتعرَّضوا له ههنا البتَّة[١]، وهو بمعزل عن مسألتهم بالكليَّة.

الثَّالثة: القابضة لمصلحتها(٤) ومصلحة الدَّافع؛ كالشَّريك

[١] كتب على هامش (ن): (والحق وجوب الضمان على الوكيل، وإذا ضمَّنوا مودَع الغاصب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض؛ فضمان الوكيل من باب أولى، ولأن وكيل الغاصب منفرد باليد، بخلاف من نقد الدراهم للغاصب؛ لأن الناقد لا يد له في الحقيقة؛ لأنه لم ينفرد باليد، بل هو [. . . .] من الغاصب، فلا يد له البتة، تأمله. كاتبه عبد الله بن هشام).

(١) قوله: (كان) سقط من (ب).
(٢) في (ب) وباقي النسخ: القبض.
(٣) في (ب): الأمين.
(٤) في (ب): لمصلحتهما.

والمضارب والوكيل بجُعْل والمرتهن؛ فالمشهور: جواز تضمينها أيضًا، ويرجع بما ضمنت[(١)]؛ لدخولها على الأمانة.

وذكر القاضي في «المجرد»، وابن عقيل، وصاحب «المغني» في الرَّهن احتمالين آخرين:

أحدهما: أنَّه يستقر الضمان على القابض؛ لتلف مال الغير تحت يده الَّتي لم يؤذن لها في القبض؛ فهي كالعالمة بالحال، وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضًا.

والثَّاني: لا يجوز تضمينها بحال؛ لدخولها على الأمانة.

وينبغي أن يكون هذا هو المذهب، وأنَّه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام؛ فإنَّ المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضًا فغرس فيها، ثمَّ ظهرت مستحقَّة: أنَّه لا يملك المستحقُّ قلعه إلَّا مع ضمان نقصه؛ كالغراس المحترم الصادر عن إذن المالك[(٢)].

فجعل المغرور كالمأذون له؛ فلا يضمن ابتداء ما لم يلتزم ضمانه.

وكذلك نقل حرب وغيره[(٣)] عن أحمد في المغرور في النِّكاح: أنَّ فداء ولده على من غرَّه، ولم يجعل على الزَّوج مطالبة[(٤)].

---

(١) في (أ): تضمنه. وفي (و): ضمنته.

(٢) ذكر في الإنصاف (١٥/ ٢٤٢)، أنها من رواية ابن هانئ، ويعقوب بن بختان، ومحمد بن أبي حرب الجرجرائي.

(٣) قوله: (وغيره) سقط من (أ) و(ج) و(هـ).

(٤) جاء في مسائل حرب الكرماني (١/ ٣٤٣): قلت لأحمد: فرجل تزوج امرأة، وظن =

وقريب من ذلك ما نقل عنه مهنَّى فيمن بعث رجلًا إلى رجل له عنده مال، فقال له: خذ منه دينارًا، فأخذ منه أكثر[(١)]: أنَّ الضَّمان على المرسِل؛ لتغريره، ويرجع هو على الرَّسول.

وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهًا آخر: أنَّ الضَّمان في هذه الأمانات يستقرُّ على من ضمن منهما، فأيُّهما ضمن لم يرجع على الآخر[(٢)].

الرَّابعة: القابضة لمصلحتها خاصَّة، إمَّا باستيفاء العين؛ كالقرض[(٣)]، أو باستيفاء المنفعة؛ كالعارية؛ فهي داخلة على الضَّمان في العين دون المنفعة، فإذا ضمنت العين والمنفعة؛ رجعت على الغاصب بضمان المنفعة؛ لأنَّ ضمانها كان بتغريره.

وفي المذهب رواية ثانية: لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء، ويستقرُّ الضَّمان عليها في مقابلة الانتفاع؛ لاستيفائها بدله، كيلا يجتمع لها العوض والمعوض.

وأصل الرِّوايتين: الرِّوايتان في رجوع المغرور بالمهر على من غرَّه.

= أنها حرة، فأصاب منها أولادًا، فإذا هي أمة. قال: (يفرق بينهما، وأولاده أحرار، ولكن يفديهم، وإن كان غره إنسان فعلى الذي غره أن يفدي ولده).
ونقل القاضي في الروايتين والوجهين (١/ ٤١٢) عن جعفر بن محمد في المغرور إذا استولد الأمة: (يفديهم، ويرجع بذلك على من غره).

(١) قوله: (فأخذ منه أكثر) سقط من (أ).
(٢) من قوله: (وحكى القاضي وغيره في المضاربة) إلى هنا سقط من (أ).
(٣) في (ب): كالعوض.

وإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء؛ ففيه طريقان:

أحدهما: البناء على الرِّوايتين، فإن قلنا: لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء؛ رجع الغاصب هنا عليه، وإلَّا فلا، وهو[(١)] طريق أبي الخطاب ومن اتَّبعه، والقاضي وابن عقيل في موضع.

والثَّاني: أنَّه لا يرجع الغاصب على القابض قولًا واحدًا، وقاله القاضي وابن عقيل في موضع آخر.

وأمَّا العين؛ فلا يرجع بضمانها حيث دخلت على ضمانها.

وعلى الاحتمال الأوَّل في القسم الَّذي قبله: يستقرُّ ههنا عليها ضمان العين والمنفعة، سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو بتفويت.

وعلى الاحتمال الآخر - وهو أنَّه لا يجوز تضمينها بالكليَّة -: فلا تطالب[(٢)] هذه بضمان ما لم تلتزم[(٣)] ضمانه ابتداء، ويستقرُّ عليها ضمان ما دخلت على ضمانه، سواء ضمنته ابتداء أو ضمنه الغاصب[(٤)].

ويتخرَّج لنا[(٥)] وجه آخر: أنَّه لا يستقرُّ عليها ضمان شيء بحال، وسنذكر أصله في القسم الَّذي بعده.

الخامسة: القابضة تملُّكًا بعوض مسمًّى عن العين بالبيع؛ فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة، فإذا ضمنت قيمة العين والمنفعة؛

---

(١) قوله: (وهو طريق) هو في (ب): وطريق. وفي (هـ): وهي طريقة.

(٢) في (ب): يطالب.

(٣) في (ب) و(ج): يلتزم. وفي (هـ): يلزم.

(٤) قوله: (سواء ضمنته ابتداء أو ضمنه الغاصب) سقط من (ب) (ج) و(د) و(هـ) و(و).

(٥) في (ب): لها.

لم ترجع بما ضمنت من قيمة العين؛ لدخولها على ضمانها، لكنها تستردُّ[(١)] الثَّمن من الغاصب؛ لأنَّه لم يملكه، لانتفاء صحة العقد، وسواء كانت القيمة الَّتي ضمنت للمالك وفق الثَّمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الأصحاب ههنا، وفي البيع الفاسد، وفي ضمان المغرور للمهر[(٢)].

وفي «التَّلخيص» احتمال: إن كانت القيمة أزيد؛ رجعت بالزِّيادة على الغاصب حيث لم تدخل على الضَّمان بأكثر من الثمن المسمى، وبه جزم ابن المنِّي في «خلافه»، وقد سبق في قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمَّى أو بعوض المثل ما يشبه هذا.

ولو طالب المالك الغاصب بالثَّمن كلِّه إذا كان أزيد من القيمة؛ فقياس المذهب: أنَّ له ذلك، كما نصَّ عليه أحمد في المتَّجر في الوديعة من غير إذن: أنَّ الرِّبح للمالك[(٣)].

ثمَّ من الأصحاب من يبنيه على القول بوقف العقود على الإجازة،

(١) في (ب) وباقي النسخ: ولكنه يسترد.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): المهر.

(٣) جاء في مسائل صالح (٣/٢٤٦): قلت: الرجل يكون عنده وديعة، فينفقها ويدفع مثلها إلى صاحبها، هل يطيب له ربحها، فإن أعلمه وأحله له؟ قال: (إذا كانت عند رجل وديعة؛ لم ينفقها إلا بإذن ربها، فإن اتجر فيها؛ فالربح لصاحبها إلا أن يطيبه له).

وفي مسائل عبد الله (ص ٣١٣): سألت أبي عن رجل غصب عبدًا فاستغله. قال: (أقول: يرد الغلة، ولو غصب مالًا فتجر فيه؛ يرد المال والربح على صاحبه، وكذلك الوديعة أيضًا يردهما المال والربح جميعًا).

وهي طريقة القاضي في «خلافه» وابن عقيل، ومنهم من يطلق ذلك.

وكذا في المضارب إذا خالف.

وعنه رواية أخرى: يتصدَّق بالرِّبح؛ لأنَّه ربح ما لم يضمن.

وهل للمضارب أجرة المثل؟ على روايتين، وطردهما أبو الفتح الحلوانيُّ في «الكفاية» في الغاصب.

وحكى صاحب «المغني» في باب الرَّهن رواية أخرى: باستقرار الضَّمان على الغاصب في البيع؛ فلا يرجع على المشتري بشيء ممَّا(١) ضمنه، وحكاه في «الكافي» في باب المضاربة وجهًا، وصرَّح القاضي بمثل ذلك في «خلافه» في مسألة رجوع المغرور بالمهر.

وهو عندي قياس المذهب؛ حيث قلنا في إحدى الرِّوايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة على من غرَّه مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محقِّقو الأصحاب هذا الخلاف فيما إذا زوَّجها الغاصبُ ووطئها الزَّوج؛ هل يرجع بالمهر على الغاصب سواء ضمَّنه المالك المهر أو لم يضمِّنه[١]؟

وأيضًا؛ فإن المنصوص عن أحمد: أنَّ البائع إذا دلَّس العيب، ثمَّ تلف عند المشتري؛ فله الرُّجوع بالثَّمن(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (في «التلخيص»: لا يرجع الزوج بالمهر؛ لدخوله على التزامه).

---

(١) في (ب) و(هـ): بما. وفي (د): ما.

(٢) ذكر في الإنصاف (١١/ ٣٦٥) أنها من رواية حنبل.

وكذلك لو نقص أو تعيَّب وهو موجود؛ فإنَّه يرده بغير شيء، ويأخذ الثَّمن، إلَّا أن يكون حصل له انتفاع بما نقصه، فإنَّه يردُّ عوضه على أحد الوجهين؛ إلحاقًا له بلبن المصرَّاة، مع أنَّه قد دخل على ضمان العين بالثَّمن، ولكن سقط عنه؛ لتدليس البائع العيب(١)، وهو لا يمنع صحَّة العقد على الصَّحيح من المذهب، فلأَن لا يستقرَّ الضَّمان على المشتري من الغاصب مع تدليس الغاصب عليه وعدم صحَّة العقد أولى.

وأمَّا المنافع إذا ضمنها المالك للمشتري - بناء على أنَّ منافع المغصوب مضمونة، وهو المذهب -؛ فيرجع بذلك على الغاصب؛ لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض، وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده.

وعن أحمد رواية أخرى: لا يرجع بما انتفع به؛ لاستيفائه عوضَه كما تقدَّم، وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى.

وحكم الثَّمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع، إذا ضمنها رجع ببدلها على الغاصب، وكذلك الكسب، صرَّح به القاضي في «خلافه»؛ إلَّا أن يكون انتفع بشيء من ذلك؛ فيخرَّج على الرِّوايتين.

وقد أشار أحمد إلى هذا في رواية ابن منصور؛ فيمن باع ماشية أو شاة فولدت، أو نخلًا لها ثمرة، فوجد بها عيبًا أو استُحِقَّ: أخذ منه قيمة الثَّمرة وقيمة الولد، إن كان أحدث فيهم شيئًا، أو كان باع، أو

(١) في (ب): العين.

استهلك، فإن كان مات أو ذهبت[١] به الرِّيح؛ فليس عليه شيء[٢].

فأوجب عليه ضمان ما انتفع به من الثَّمرة والنِّتاج، دون[٣] ما تلف في يده بغير فعله، ولم يذكر رجوعًا على الغاصب، وظاهر كلامه: أنَّ ما تلف في يده من النَّماء؛ فليس للمالك تضمينه ابتداء؛ لأنَّه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به، وهذا يقوِّي التَّخريج المذكور في القسم الَّذي قبله.

وكذلك ظاهر كلام ابن أبي موسى: أنَّه لا يضمن المشتري إلَّا ما يستقرُّ عليه ضمانه، سواء دخل على ضمانه، أو لم يدخل عليه لكن انتفع به؛ كالخدمة ومهر المشتراة، وأمَّا قيمة الأولاد؛ فيرجع بها عنده؛ لأنَّ نفعها لغيره لا له.

وأوجب على الغاصب قيمة غرس المشتري غير مقلوع إذا قلعه المالك، ومراده: ما نقص بقلعه، وإنَّما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقصه؛ لأنَّ ذلك ليس من باب تضمين القابض من الغاصب، بل هو من باب امتناع المالك من الضَّمان له، فإنَّ تفريغ الأرض من الغراس الَّذي لم يأذن فيه لا بدَّ من تمكينه منه، ولا ضمان عليه فيه، حيث لم يأذن فيه، وإنَّما الضَّمان على الغارِّ؛ لتعدِّيه، كما أنَّ تضمين القابض ما لم يلتزم[٤] ضمانه ممتنعٌ، حيث أمكن تضمين

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): ذهب.
(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٥١).
(٣) في (أ) و(و): بدون.
(٤) في (ب) و(د) و(هـ): يلزم.

الغاصب؛ لالتزامه الضَّمان[(١)] وتعدِّيه.

فظهر بهذا أنَّ الَّذي يدلُّ عليه كلام أحمد أنَّ القابض لا يضمن إلَّا ما حصل له به نفع[(٢)] فيضمنه.

وهل يرجع به؟ على روايتين؛ كرجوع المغرور في النِّكاح بالمهر[(٣)].

تنبيه: لو أقرَّ المشتري للبائع بالملك؛ فلا رجوع له عليه.

ولو أقرَّ بصحَّة البيع؛ ففي الرُّجوع احتمالان ذكرهما القاضي.

وقد يخرَّج كذلك في الإقرار بالملك حيث علم أنَّ مستنده اليد، وقد بان عدوانها.

اليد السادسة: القابضة[(٤)] عوضًا مستحَقًّا بغير عقد البيع؛ كالصَّداق، وعوض[(٥)] الخلع والعتق والصُّلح عن دم عمد[(٦)] إذا كان معيَّنًا، أو كان القبض وفاءً لدين مستقرٍّ في الذِّمة؛ من ثمن مبيع، أو أجرة، أو صداق، أو قيمة متلف ونحوه، فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها، ثمَّ استُحِقَّت؛ فللمستحِقِّ الرُّجوع على القابض ببدل العين

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): للضَّمان.

(٢) قوله: (وتعدِّيه؛ فظهر بهذا أنَّ الَّذي يدلُّ عليه كلام أحمد أنَّ القابض لا يضمن إلَّا ما حصل له به نفع) ذُكر في (ب) بعد قوله: (عدوانها) الآتي قريبًا.

(٣) في (ب): بالمهر في النِّكاح.

(٤) في (أ): القابضة عدوانًا. ثم شطب على قوله: (عدوانًا).

(٥) قوله: (وعوض) سقط من (ب).

(٦) قوله: (دم عمد) هو في (ب): عمل.

والمنفعة على ما تقرَّر.

ويتخرَّج وجه آخر: أنْ لا مطالبة له عليه، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصَّداق، والباقي مثله.

وعلى القول بالتَّضمين؛ فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع؛ لتغريره؛ إلَّا ما انتفع به؛ فإنَّه مخرَّج على الرِّوايتين.

وأمَّا قيم الأعيان؛ فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتَّبعه: أنَّه لا يرجع بها؛ لأنَّه دخل على أنَّها مضمونة عليه بحقِّه، وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقِّه أو دونه أو أزيد منه، إلَّا على الوجه المذكور في البيع بالرُّجوع بفضل القيمة.

ثمَّ إن كان القبض وفاءً عن دين ثابت في الذِّمة؛ فهو باق بحاله، وإن كان عوضًا معيَّنًا في العقد؛ لم ينفسخ العقد ههنا باستحقاقه، ولو قلنا: إنَّ النِّكاح على المغصوب لا يصحُّ؛ لأنَّ القول بانتفاء الصِّحَّة مختصٌّ بحالة العلم، كذلك ذكره ابن أبي موسى، ويرجع على الزَّوج بقيمة المستحَقِّ في المنصوص، وهو قول القاضي في «خلافه».

وقال في «المجرد»: يجب مهر المثل.

وأمَّا عوض الخلع والعتق والصُّلح عن دم العمد؛ ففيها وجهان:

أحدهما: يجب الرُّجوع فيها بقيمة العوض المستحقِّ، وهو المنصوص؛ لأنَّ هذه العقود لا تنفسخ باستحقاق أعواضها؛ فيجب قيمة العوض، وهو قول القاضي في أكثر كتبه، وجزم به صاحب «المحرر».

والثَّاني: تجب قيمة المستحقِّ في الخلع والصُّلح عن الدَّم، بخلاف

العتق؛ فإنَّ الواجب فيه قيمة العبد؛ لأنَّ العبد له قيمة في نفسه، فيرجع بقيمته، بخلاف البُضع والدَّم؛ فإنَّ القيمة لعوضهما لا لهما، وهو قول القاضي في البيع في «خلافه»(١).

ويشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها، وقلنا: لا ينعقد به النِّكاح، وأبت أن تتزوَّجه على ذلك: أنَّ عليها قيمة نفسها، لا قيمة مهر مثلها.

وعلى الوجه المخرَّج في البيع أنَّ المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب: فههنا كذلك.

اليد السَّابعة: القابضة بمعاوضة عن المنفعة، وهي يد المستأجر؛ فقال القاضي والأكثرون: إذا ضمنت المنفعة؛ لم يرجع بها.

ولو زادت أجرة المثل على الأجرة المسمَّاة؛ ففيه ما مرَّ من زيادة قيمة العين على الثَّمن، وإذا ضمنت قيمة العين؛ رجعت بها على الغاصب لتغريره.

وفي «تعليقة أبي البركات على الهداية»: يتخرَّج لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنَّ المستأجر لا ضمان عليه بحال؛ كقول الجمهور.

والثَّاني: يضمن العين، وهل القرار عليه؟ لنا وجهان: أحدهما: عليه. والآخر: على الغاصب، وهو الَّذي ذكره القاضي في «خلافه»، انتهى.

(١) في (ب) و(و) و(ن): البيوع من خلافه.

والوجه الأوَّل منزَّل على القول بأنَّ المغرور لا يضمن شيئًا ابتداء ولا استقرارًا.

والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه؛ يتنزَّل على الوجه المذكور في استقرار الضَّمان على المرتهن ونحوه بتلف العين تحت يده.

اليد الثَّامنة: القابضة للشركة، وهي المتصرِّفة في المال بما ينمِّيه بجزء من النَّماء؛ كالشَّريك والمضارب[١] والمزارَع والمساقى، ولهم الأجرة على الغاصب؛ لعملهم له بعوض لم يسلم.

فأمَّا المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان، فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال، فإذا ضمنوا على المشهور؛ رجعوا بما ضمنوا، إلَّا حصَّتهم من الرِّبح؛ فلا يرجعون بضمانها؛ لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل، كذلك ذكره القاضي وابن عقيل في المساقى، والمزارع نظيره.

أمَّا المضارب والشَّريك؛ فلا ينبغي أن يستقرَّ عليهم ضمان شيء بدون القسمة، سواء قلنا: ملكوا الرِّبح بالظهور أوْ لا؛ لأنَّ حصَّتهم وقاية لرأس المال، وليس لهم الانفراد بالقسمة؛ فلم يتعيَّن لهم شيء مضمون.

وحكى الأصحاب في المضارب للمضارب بغير إذنٍ وجهًا آخر: أنَّه لا يرجع بما ضمنه؛ بناءً على الوجه المذكور باستقرار الضَّمان على من تلف المال بيده.

[١] كتب على هامش (ن): (تقدم ذكر المضارب في صور اليد الثالثة).

ويتخرَّج وجه آخر: أنَّه لا يملك المالك تضمينهم بحال؛ لدخولهم على الأمانة.

وقد ذكرنا فيما[١] تقدَّم حكم ضمان الشَّريك والمضارب للمال، وإنَّما أعدناه ههنا؛ لذكر النَّماء[٢].

وأمَّا المساقى إذا ظهر الشَّجر مستحقًّا بعد تكملة العمل؛ فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب.

وأمَّا الثَّمر إذا تلف؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يتلف بعد القسمة؛ فللمالك تضمين كلٍّ من الغاصب والعامل ما قبضه، وله أن يضمِّن الكلَّ للغاصب، فإذا ضمَّنه الكلَّ؛ رجع على العامل بما قبضه لنفسه؛ لأنَّه أخذ العوض؛ فهو كالمشتري من الغاصب.

وفي «المغني» احتمال: لا يرجع عليه لتغريره، فأشبه من قال لغيره: كُلْ هذا فإنَّه طعامي، ثمَّ بان مستحَقًّا.

وهو قريب من الوجه السَّابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكلِّ حال.

وهل للمالك أن يضمِّن العامل جميع الثَّمرة؟ ذكر القاضي فيه احتمالين:

---

(١) في (ب): كما

(٢) قوله: (وقد ذكرنا فيما تقدَّم حكم ضمان الشَّريك والمضارب للمال، وإنَّما أعدناه ههنا؛ لذكر النَّماء) سقط من (أ).

أحدهما: نعم؛ لأنَّ يده ثبتت على الكلِّ مشاهدة بغير حقٍّ، ثمَّ يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثَّمر على المشهور، وبالكلِّ على الاحتمال المذكور.

والثَّاني: لا؛ لأنَّه لم يكن قابضًا على الحقيقة، وإنَّما كان مراعيًا حافظًا.

ويشهد لهذا: ما قاله ابن حامد فيما إذا اختلف المساقى والمالك في قدر المشروط للعامل من الثَّمر، وأقاما بيِّنتين: أنَّه يقدم بيِّنة العامل؛ لأنَّه خارج، والمالك هو الدَّاخل؛ لاتِّصال الثَّمر بملكه.

ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسدًا، وخلَّى البائع بينه وبينه على شجره؛ لم يضمنه بذلك؛ لعدم ثبوت يده عليه، ذكر بعض أصحابنا أنَّه محلُّ وفاق(١).

الحالة الثَّانية: أن يتلف الثَّمر قبل القسمة؛ إمَّا على الشَّجر، أو بعد جَدِّه؛ ففي «التَّلخيص» في مطالبة العامل بالجميع احتمالان، وكذا لو تلف بعض الشَّجر.

وهو ملتفت إلى أنَّ يد العامل هل تثبت على الشَّجر والثَّمر الذي عليه أم لا؟

والأظهر: أن لا؛ لأنَّ الضمان عندنا لا ينتقل في الثَّمر المعلَّق على شجرة بالتَّخلية.

إلَّا أن يقال: يده ههنا على الثَّمر حصلت تبعًا لثبوت يده على

---

(١) من قوله: (ويشهد لهذا ما قاله ابن حامد) إلى هنا سقط من (أ).

الشَّجر؛ فيقال: وفي ثبوت يده على الشَّجر هنا(١) تردُّد ذكرناه آنفًا، حتَّى لو تلف بعض الشَّجر؛ ففي تضمينه للعامل الاحتمالان، صرَّح به في «التَّلخيص» أيضًا.

ولو اشترى شجرة بثمرها؛ فهل يدخل الثَّمر في ضمانه تبعًا لشجره؟ قال ابن عقيل في «فنونه»: لا يدخل.

ويتخرَّج وجه آخر بدخوله(٢)؛ تبعًا لانقطاع عُلَق البائع عنه من السَّقي وغيره.

وبكلِّ حال؛ فيتوجَّه أن يضمن العامل الثَّمر التَّالف بعد جداده واستحفاظه، بخلاف ما على الشَّجر.

اليد التَّاسعة: القابضة تملُّكًا لا بعوض؛ إمَّا للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصَّدقة والهديَّة والوصية، أو للمنفعة؛ كالموصى له بالمنافع.

فالمشهور: أنَّها ترجع بما ضمنته بكلِّ حال؛ لأنَّها دخلت على أنَّها غير ضامنة لشيء؛ فهي مغرورة، إلَّا ما حصل لها به نفع؛ ففي رجوعها بضمانه الرِّوايتان.

ويتخرَّج وجه آخر: أنَّها لا تضمن ابتداء ما لا يستقر ضمانها عليه[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعله: ضمانه عليها).

---

(١) في (أ): الشَّجرة.

(٢) قوله: (ويتخرَّج وجه آخر بدخوله) هو في (ج) و(د) و(هـ) و(و): والمذهب دخوله. وضرب عليها في (ب).

وذكر القاضي وابن عقيل رواية: أنَّها لا ترجع بما ضمنته بحال، وهو منزَّل على القول باستقرار الضَّمان على من تلف تحت يده، وإن كان أمينًا كما سبق.

ثمَّ اختلف الأصحاب في محلِّ الرِّوايتين في الرُّجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة:

إحداهنَّ: أنَّ محلَّهما إذا لم يقل الغاصب: هذا ملكي، أو ما يدلُّ عليه؛ فإن قال ذلك؛ فالقرار عليه بغير خلاف؛ لاعترافه باستقرار الضَّمان عليه ونفيه عن القابض، وهي طريقة «المغني».

والثَّانية: إن ضمَّن المالكُ القابضَ ابتداء؛ ففي رجوعه على الغاصب الرِّوايتان مطلقًا، وإن ضمَّن الغاصبَ ابتداء، فإن كان القابض[(١)] قد أقرَّ بالملكيَّة؛ لم يرجع على القابض رواية واحدة، ولو قلنا: إنَّ ما ينتفع به يستقرُّ عليه ضمانه[(٢)]؛ لأنَّه بإقراره بالملك معترف بأنَّ المستحِقَّ ظالم له بالتَّغريم؛ فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه، وهي طريقة القاضي.

والثَّالثة: الخلاف في الكلِّ من غير تفصيل، وهي طريقة أبي الخطاب وجماعة.

واليد[(٣)] **العاشرة**: المتلفة للمال نيابة عن الغاصب؛ كالذَّابح

(١) قوله: (القابض) سقط من (أ) و(ن).

(٢) قوله: (عليه ضمانه) هو في (ب) و(د) و(هـ) و(و): ضمانه عليه. وقوله: (ضمانه) سقط من (ج).

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(و) و(ن): اليد. وقوله: (واليد) سقط من (هـ).

للحيوان والطَّابخ له؛ فلا قرار عليها بحال، وإنَّما القرار على الغاصب؛ لوقوع الفعل له، فهو كالمباشر، كذا قال القاضي وابن عقيل والأصحاب.

ويتخرَّج وجه آخر: بالقرار عليها فيما أتلفته؛ كالمودَع إذا تلف تحت يده، وأولى؛ لمباشرتها للإتلاف.

ويتخرَّج وجه آخر: لا ضمان عليها بحال، من نصِّ أحمد فيمن حفر لرجل في غير ملكه بئرًا؛ فوقع فيها إنسان، فقال الحافر: ظننت أنَّها في ملكه؛ فلا شيء عليه.(١)

وبذلك جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الجنايات، مع(٢) اشتراك الحافر والآمر في التَّسبب وانفراد الحافر بمباشرة السَّبب، وإنَّما سقط الضَّمان عنه(٣)؛ لعدم علمه بالحال، وههنا أولى؛ لاشتراكهما في ثبوت اليد.

ولو أتلفته على وجه محرَّم شرعًا عالمة بتحريمه؛ كالقاتلة للعبد المغصوب، والمحرِقة للمال بإذن الغاصب؛ ففي «التَّلخيص»: يستقرُّ عليها الضَّمان؛ لأنَّها عالمة بالتَّحريم؛ فهي كالعالمة بأنَّه مال الغير.

---

(١) ذكرها ابن القيم في بدائع الفوائد (٤/ ٨١).
(٢) في (ب): ومع.
(٣) في (ب): عنه الضَّمان.

ورجَّح الحارثيُّ(١) دخولها في قسم المغرور؛ لأنَّها غير عالمة بالضَّمان؛ فتغرير الغاصب لها حاصل، والله أعلم.

(١) هو مسعود بن أحمد بن مسعود بن زيد بن عياش الحارثي البغدادي، ثم المصري، تفقه على ابن أبي عمر المقدسي وغيره، وبرع وأفتى، وأقرأ المذهب ودرس، ورأس الحنابلة، من مصنفاته: شرح قطعة من كتاب "المقنع" لابن قدامة، من العارية إلى آخر الوصايا، قال ابن رجب: (وكلامه في الحديث أجود من كلامه في الفقه؛ فإنه كان أجود فنونه، وكان سنيًّا أثريًّا، متمسكًا بالحديث)، توفي سنة ٧١١هـ. ينظر: ذيل الطبقات ٤/ ٣٨٧.

قاعدة [٩٤]

وقبض مال الغير من يدٍ قابضة بحقٍّ بغير إذن مالكه؛ إن كان يجوز له إقباضه؛ فهو أمانة عند الثَّاني إن كان الأوَّل أمينًا، وإلَّا فلا.

وإن لم يكن إقباضه جائزًا؛ فالضَّمان عليهما.

ويتخرَّج فيه وجه آخر: ألا يضمَن غيرُ الأوَّل.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: مودَع المودَع، فإن كان حيث يجوز الإيداع؛ فلا ضمان على واحد منهما، وإن كان حيث لا يجوز؛ فالضَّمان على الأوَّل، وفي الثَّاني وجهان سبق ذكرهما.

ومنها: المستأجر من المستأجر، فإن كان حيث يجوز الإيجار؛ بأن كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع؛ فلا ضمان، وإلَّا ثبت الضَّمان عليهما، وقراره في العين على الأوَّل.

ويتخرَّج وجه آخر: أن لا ضمان على الثَّاني بحال من المودَع.

ومنها: مضارَب المضارَب - حيث يجوز -؛ فهو أمين.

وهل الثَّاني مضارَب للمالك والأوَّل وكيل في العقد لا شيء له من الرِّبح، أو هو مضارَب للأوَّل فالرِّبح بينهما؟ على وجهين:

جزم القاضي في «المجرَّد» بالأوَّل.

ثمَّ اختار الثَّاني فيما إذا دفعه مضاربة وقلنا: لا يجوز له ذلك.

وحيث مُنع من دفعه مضاربة؛ فللمالك تضمين أيِّهما شاء، ويرجع الثَّاني على الأوَّل إن[1] لم يعلم بالحال؛ لدخوله على الأمانة.

وفيه وجه آخر: لا يرجع؛ لحصول التَّلف تحت يده، وقد سبق أصله.

ويتخرَّج: ألَّا يضمن الثَّاني بحال.

وإن علم بالحال، فهل هو كالغاصب لا أجرة له، أو كالمضارب المتعدِّي له أجرة المثل؟ يحتمل وجهين، قاله صاحب «التَّلخيص»، وحكاهما صاحب «الكافي» روايتين من غير تقييد بحالة العلم.

ومنها: وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التَّوكيل، وهو كالمضارب في[2] الضَّمان.

ومنها: المستعير من المستعير، فإن قلنا بجوازه؛ فكلٌّ منهما ضامن للعين دون المنفعة؛ لدخوله على ذلك على بصيرة.

وإذا تلفت[3] عند الثَّاني؛ ضمَّنه المالك كما لو كان هو المعير له، ولم يرجع على الأوَّل؛ لانتفاء التغرير.

وإن قلنا بالمنع - وهو المشهور -؛ فللمالك مطالبة كلٍّ منهما بضمان العين والمنفعة والقرار على الثَّاني؛ لحصول التلف في يده إن

---

(١) في (ب): وإن.

(٢) في (ب): وفي.

(٣) في (ب) و(و) و(ن): تلف.

كان عالمًا بالحال، ومع عدم العلم يستقرُّ عليه ضمان العين دون المنفعة؛ فإنَّه يستقرُّ ضمانها على الأوَّل لتغريره، كذا قال الأصحاب.

ويتخرَّج وجه آخر: أنَّه لا يضمن الثَّاني إذا لم يعلم بالحال.

ومنها: المستعير من المستأجر، قال في «التلخيص»: هو أمين على(١) الصَّحيح؛ لقبضه من يد أمين؛ فلا يكون ضامنًا[١].

ومنها: المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع إذا تلف المبيع في يده؛ فللموكِّل تضمين القيمة من شاء من الوكيل والمشتري على المشهور، ثمَّ إن ضمن الوكيل؛ رجع على المشتري؛ لتلفه في يده.

---

[١] جاء في هامش (ن): (وحكى في الفروع في المسألة وجهين، ولم يرجح شيئًا).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): في.

قاعدة [٩٥]

من أتلف مال غيره وهو يظن أنَّه له، أو تصرَّف فيه يظن لنفسه ولاية عليه، ثمَّ تبيَّن خطأ ظنِّه:

فإن كان مستندًا إلى سبب ظاهر من غيره، ثمَّ تبيَّن خطأ المتسبِّب، أو أقرَّ[١] بتعمده للجناية: ضمن المتسبِّب.

وإن كان مستندًا إلى اجتهاد مجرَّد؛ كمن دفع مالًا تحت يده إلى من يظنُّ أنَّه مالكه، أو أنَّه يجب الدَّفع إليه، أو أنَّه يجوز ذلك، أو دفع ماله الَّذي يجب عليه إخراجه لحقِّ الله تعالى إلى من يظنُّه مستحِقًّا، ثمَّ تبين الخطأ: ففي ضمانه قولان.

وإن تبيَّن أنَّ المستند لا يجوز الاعتماد عليه، ولم يتبيَّن أنَّ الأمر بخلافه: فإن تعلَّق به حكم فنُقِض؛ فالضَّمان على المتلف، وإلَّا فلا ضمان.

ويندرج تحت هذه الجملة مسائل:

منها: أن يشهد شاهدان بموت زيد، فيقسم ماله بين ورثته، ثمَّ يتبيَّن[٢] بطلان الشَّهادة بقدومه حيًّا؛ فنصَّ أحمد في رواية الميمونيِّ:

(١) في (ب): أقرَّه.

(٢) في (ب) وباقي النسخ: تبيَّن.

أنَّهما يضمنان المال، ولم يتعرَّض للورثة(١)، وظاهر كلامه استقرار الضمان(٢) على الشُّهود واختصاصهم(٣) به، وهو في الجملة موافق لقوله المشهور عنه في تقرير الضَّمان على الغارِّ كما سبق.

وقال القاضي: يحتمل أن يكون أغرم الورثة، ورجعوا بذلك على الشُّهود لتغريرهم، ولا ضمان هنا على الحاكم؛ لأنَّه مُلجأ إلى الحكم من جهة(٤) الشهود.

ونقل أبو النَّضر العجليُّ(٥) عن أحمد في حاكم رجم رجلًا بشهادة أربعة بالزِّنى، ثمَّ تبين أنَّه مجبوب(٦): أنَّ الضَّمان على الحاكم، ولعلَّ تضمينه ههنا لتفريطه؛ إذ المجبوب(٧) لا يخفى أمره غالبًا؛ فترك الفحص عن حاله تفريط.

ومنها: لو حكم الحاكم بمال، ثمَّ رجع الشُّهود وصرَّحوا بالخطأ، أو التَّعمُّد لشهادة الزَّور؛ فإن الضَّمان يختصُّ بهم لاعترافهم، ولا

---

(١) ذكرها شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ٥٠١).
(٢) في (أ): ضمانه.
(٣) في (ب) و(د) و(ن): أو اختصاصهم.
(٤) قوله: (من جهة) هو في (ب): جرحه.
(٥) هو إسماعيل بن عبد الله بن ميمون بن عبد الحميد بن أبي الرجال أبو النضر العجلي، مروزي الأصل، سمع من الإمام أحمد ونقل عنه مسائل كثيرة، توفي سنة ٢٧٠هـ. ينظر: تاريخ بغداد ٧/ ٢٦٩، طبقات الحنابلة ١/ ١٠٥.
(٦) في (ب) و(ن): مجنون.
(٧) في (ب) و(ن): المجنون.

ينقض حكم الحاكم بمجرَّد ذلك، ولا يرجع على المحكوم له بشيء؛ كما لو باع عينًا أو وهبها[(١)] أو أقرَّ بها لرجل، ثمَّ أقرَّ بها بعد ذلك لآخر؛ فإنَّه لا يقبل إقراره على الأوَّل، ويضمَن للثَّاني[(٢)].

ومنها: أن يحكم الحاكم بمال ويُستَوفَى، ثمَّ تبيَّن أنَّ الشُّهود فسَّاق أو كفَّار؛ فإنَّ حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق، نقله[(٣)] أبو الخطاب في «انتصاره».

وأمَّا في الظاهر؛ فهو نافذ، وهل يجب نقضه؟ المذهب: وجوبه، وهو قول الخرقيِّ والقاضي[(٤)]؛ لتبيُّن انتفاء شرط الحكم، فلم يصادف محلًّا، ثمَّ يجب ضمان المال على المحكوم له به؛ لإتلافه له مباشرة.

قال القاضي: ولو كان المحكوم له معسرًا، فللمستحقِّ مطالبة الإمام، وقرار الضَّمان على المحكوم له، ولا شيء على المزكِّين بحال.

ولو حكم لآدميٍّ بإتلاف نفس أو طرف؛ فطريقان:

أحدهما: هو كالمال؛ لأنَّ المستوفي هو المحكوم له، والإمام ممكِّن لا غير، وهي طريقة «المحرَّر».

والثَّاني: يضمنه الحاكم، صرَّح به القاضي في «المجرد»، وهو وفق إطلاق الأكثرين؛ لأنَّ المحكوم له لم يقبض شيئًا؛ فنسب الفعل إلى خطأ

(١) في (ب): ووهبها.
(٢) في (ب): الثَّاني.
(٣) في (ب): نقله عنه.
(٤) قوله: (والقاضي) سقط من (ب) و(و) و(ن).

الإمام، كما لو كان المستوفَى حقًّا لله ﷻ؛ فإنَّ ضمانه على الإمام.

وحكى القاضي وغيره رواية أخرى: أنَّه لا ينقض الحكم إذا بان(١) الشُّهود فسَّاقًا، ويضمن الشُّهود؛ كما لو رجعوا عن الشَّهادة.

وهذا ضعيف جدًّا، ولا أصل لذلك في كلام أحمد، وإنَّما أخذوه من رواية الميمونيِّ في المسألة الأولى، وتلك لا فسق فيها؛ لجواز غفلة الشُّهود، وإنَّما ضمنوا؛ لتبيُّن بطلان شهادتهم بالعيان؛ فهو أعظم من الرُّجوع، ولا يمكن بقاء الحكم بعد تبيُّن فساد المحكوم به عيانًا[١]، ولا يصحُّ إلحاق الفسق في الضَّمان بالرُّجوع؛ لأنَّ الرَّاجعين اعترفوا ببطلان شهادتهم وتسبُّبهم إلى انتزاع مال المعصوم، وقولهم غير مقبول على نقض الحكم؛ فتعيَّن تغريمهم، وليس ههنا اعتراف ينبني عليه التَّغريم؛ فلا وجه له؛ فالصَّواب: الجزم بأنَّه لا ضمان على أحد على القول بأنَّ الحكم لا ينقض، كما جزم به في «المحرر».

ومنها: إذا أوصى(٢) إلى رجل بتفريق ثلثه، ففعل، ثمَّ تبيَّن أنَّ عليه دينًا مستغرِقًا للتَّركة؛ ففي ضمانه روايتان[٢]، ولكن هنا لم يتصرَّف في

[١] كتب على هامش (ن): (هذا يقتضي أن المسألة الأولى يُنقض فيها الحكم، وليس منافيًا لما تقدم من ضمان الشهود).

[٢] كتب على هامش (ن): (قال في «المحرر»: لم يضمن الوصي ما فرقه، وعنه: يضمن).

=

(١) في (أ): كان.

(٢) في (ب) و(ج) و(د): (وصَّى).

ملك الغرماء، بل فيما تعلَّق[١] به حقُّهم، ولكنَّه تعلُّق قويٌّ، لا سيَّما إن قلنا: لم ينتقل إلى الورثة، ولهذا قال أحمد في رواية ابن منصور: التَّركة هي للغرماء لا للورثة[٢]، ولهذا لا يملك الورثة التَّصرُّف فيها إلَّا بشرط الضَّمان.

وخرَّج[٣] الشيخ تقيُّ الدين على هذا الخلاف: كلَّ من تصرف بولاية في مال، ثمَّ تبيَّن أنَّه مستحَقٌّ.

ومنها: لو وصَّى لشخص بشيء، فلم يُعْرَف الموصى له؛ صرفه[٤] الوصيُّ أو الحاكم فيما يراه من أبواب البرِّ.

فإن جاء الموصى له وأثبت ذلك؛ فهل يضمن المفرِّق ما فرَّقه؟ على

= وكتب على هامشها أيضًا: (ومثل هذه المسألة: إذن كل واحد من شريكي العنان للآخر في إخراج زكاته، فأخرجا معًا، فجزموا هناك بضمان كل واحد منهما زكاة صاحبه، ولم يحكوا فيه الروايتين، ويطلب الفرق).

(١) في (أ): يتعلَّق. وفي (هـ): بما تعلَّق.
(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٤٥٠٠): قلت: سئل سفيان عن رجل مات وترك أربع بنين، وترك دارًا وعليه دين، فجاء الغرماء يبيعون الدار، فقال أحد بنيه: أنا أُعطي ربع ما على أبي، ودعوا لي ربع الدار؟ قال: تباع كلها، وليس له ذلك. قال أحمد: (هذه الدار للغرماء، وولده لا يرثون شيئًا حتى يؤدوا الدين).
(٣) في (أ): وصرَّح.
(٤) في (ب): فرَّقه.

روايتين، قال ابن أبي موسى: أظهرهما: لا ضمان عليه[١].

وقال أبو بكر في «الشَّافي»: إن فعله الوصيُّ بإذن الحاكم لم يضمن، وإن كان بدون إذنه ضمن.

ومنها: لو اشترى الورثة عبدًا من التركة وأعتقوه تنفيذًا لوصيَّة موروثهم بذلك، ثمَّ ظهر دين مستغرِق؛ فإنَّهم يضمنون للغرماء، ذكره القاضي وابن عقيل.

ويتخرَّج فيه وجه آخر: بانتفاء الضَّمان من مسألة الوصيِّ. [٢]

ومنها: لو اشترى المضارَب مَن يعتق على ربِّ المال(١)؛ صحَّ، وعتق عليه، وهل يضمن العامل؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يضمن بكلِّ حال، سواء كان عالمًا بالحال أو جاهلًا، قاله القاضي في «المجرَّد»، وأبو الخطاب.

والثَّاني: إن كان جاهلًا لم يضمن، وإن كان عالمًا ضمن؛ كما لو عامل فاسقًا أو مماطلًا، أو سافر سفرًا مخوفًا، أو دفع الوصيُّ أو أمين(٢) الحاكم مالَ اليتيم مضاربة إلى من ظاهره العدالة، فبان بخلافه؛

---

[١] كتب على هامش (ج) و (ن) و(هـ): (وهذه المسألة متوجهة على أصل أبي بكر وابن أبي موسى: من أن الوصية تملك بموت الموصي من غير قبول). وزاد في (ن): (من هامش النسخة المعتمدة).

[٢] كتب على هامش (ن): (والفرق بينهما: أن الوصي لا يشترط في نفوذ تصرفه ضمان الدين، والورثة يشترط ذلك في تصرفهم في التركة).

---

(١) زاد في (ج) و(د) و(هـ): بغير إذنه.

(٢) في (ب) و(ج) و(و) و(ن): وأمين.

فإنَّه لا ضمان في ذلك كلِّه إلَّا مع العلم، وهو قول أبي بكر في «التَّنبيه»، والقاضي في «خلافه».

والثَّالث: لا ضمان بكلِّ حال، حكاه أبو بكر.

وعلى الضَّمان؛ فهل يضمنه بالثَّمن المشترى، أو بقيمة المثل ويكون شريكًا في الربح الزَّائد؟ على قولين ذكرهما أبو بكر.

ومنها: إذا دفع القصَّار ثوب رجل إلى غيره خطأً، فتصرَّف فيه المدفوع إليه بقطع، أو لُبْسٍ يظنُّه ثوبه؛ فنقل حنبل عن أحمد في قصَّارٍ أبدل الثَّوب، فأخذه صاحبه فقطعه وهو لا يعلم أنَّه ثوبه؛ قال: على القصَّار إذا أبدل، قيل له: فإن كان مالًا فأنفقه؟ قال: ليس هذا مثل المال الَّذي[1] أنفقه؛ لأنَّه مال تلف[2].

ففرَّق بين المال إذا أنفق وتلف، وبين الثَّوب إذا قطع؛ لأنَّ العين ههنا[3] موجودة فيمكن الرُّجوع فيها، ويضمن نقصها القصَّار بجنايته[4] خطأً.

وظاهر كلامه: أنَّه لا يضمن القاطع؛ لأنَّه مغرور، ولم يدخل على الضَّمان.

أما إن دفع إليه دراهم غيره يظنُّه صاحبها، فأنفقها؛ فالضَّمان على المنفق وإن كان مغرورًا؛ لتلف المال تحت يده بانتفاعه به، وذلك مقرِّر

(١) في (ب): على الذي.
(٢) نقلها ابن أبي يعلى في التمام ٢/ ٧٨.
(٣) في (ب): هنا.
(٤) في (ب) و(ج) و(هـ): لجنايته.

للضمان مع التَّعزير في إحدى الرِّوايتين.

ونقل محمَّد بن الحكم عن أحمد في هذه المسألة أنَّه ذُكر له قول مالك: لا يغرم الَّذي لبسه، ويغرم الغسَّال لصاحب الثَّوب، فقال: لا يعجبني ما قال، ولكن إذا هو لم يعلم، فلبسه؛ فإنَّ عليه ما نقص، ليس على القصَّار شيء[(١)].

فأوجب هنا الضَّمان على اللَّابس لاستيفائه المنفعة، دون الدَّافع؛ لأنَّه لم يتعمَّد الجناية، فكان إحالةُ الضَّمان على المستوفي للنَّفع أولى.

وهذه الرِّواية توافق ما قبلها في تقرير الضَّمان على المنتفع، لا سيَّما والدَّافع هنا معذور، وإنَّما ضمن القصَّار القطع؛ لأنَّه تلف لم يحدث من انتفاع القابض؛ فكان ضمانه على الدَّافع لتسبُّبه إليه، فالرِّوايتان إذن متَّفقتان.

ومن الأصحاب من جعلهما مختلفتين: في أنَّ الضَّمان هل هو على القصَّار، أو على المدفوع إليه؟

ثمَّ منهم من حمل رواية ضمان القصَّار على أنَّه كان أجيرًا مشتركًا، فيضمن جناية يده، ورواية عدم ضمانه على أنَّه كان أجيرًا خاصًّا؛ فلا يضمن جنايته ما لم يتعمدها، وأشار القاضي في «المجرَّد» إلى ذلك.

ومنها: لو دفع الملتقط اللُّقَطَة إلى واصفها، ثمَّ أقام غيرُه البيِّنة أنها له، فإن كان الدَّفع بحكم حاكم؛ فلا ضمان على الدَّافع، وإن كان بدونه؛ فوجهان:

---

(١) نقلها ابن أبي يعلى في التمام ٢/٧٨.

أحدهما: لا ضمان؛ لوجوب الدَّفع عليه، فلا ينسب إلى تفريط.

والثَّاني: عليه الضَّمان، وهو قول القاضي، ثمَّ يرجع به على الواصف؛ إلَّا أن يكون قد أقرَّ له بالملك.

أمَّا لو دفع الوديعة إلى من يظنُّه صاحبها، ثمَّ تبيَّن الخطأ؛ فقال الأصحاب: يضمن لتفريطه.

ويتخرَّج فيه وجه آخر: أنَّ الضَّمان على المتلف وحده، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن أحمد في مسألة القصَّار.

ولو قتل من يظنُّه قاتل أبيه؛ لاشتباهه به في الصُّورة؛ قُتل به لتفريطه في اجتهاده، ذكره ابن عقيل في «مفرداته».

ويتخرَّج: أن لا قَوَدَ، وأنَّه يضمن بالدِّية، كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظانًّا أنَّها اليمين[١]؛ فإنَّه لا قَوَد[٢]، وسواء كان الجاني عاقلًا أو مجنونًا، وفي وجوب الدية له وجهان.

ومنها: لو مضى على المفقود زمن يجوز فيه قسمة ماله، فقُسِم، ثمَّ قدم؛ فذكر القاضي أنَّ أبا بكر حكى في ضمان ما تلف في أيدي الورثة منه روايتين.

والمنصوص عن أحمد في رواية الميمونيِّ، وابن منصور،

[١] كتب على هامش (ن): (والظاهر أن القول قوله في ظنه؛ لأنه لا يُعلم إلا من قبله).

[٢] كتب على هامش (ن): (ليست هذه كمسألة القتل؛ لأن القطع هنا وقع في الجاني، بخلاف القتل فإنه في غير الجاني).

وأبي داود[١]: عدم الضَّمان[٢]، وهو الَّذي ذكره أبو بكر في «التنبيه».

ووجهه: أنَّه جاز اقتسام المال في الظَّاهر والتَّصرف فيه، ولهذا يباح لزوجته أن تتزوَّج، وإذا قدم خُيِّر بينها وبين المهر؛ فجعل التَّصرُّف فيما يملكه من مال وبضع موقوفًا على تنفيذه وإجازته ما دام موجودًا، فإذا تلف؛ فقد مضى الحكم فيه ونفذ، فإنَّ إجازته وردَّه[٣] إنمَّا يتعلَّق بالموجود لا بالمفقود.

وقد نصَّ أحمد في رواية أبي طالب على أنَّه إذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت؛ فلا خيار له ولا يرثها[٤].

ويشبه ذلك: اللُّقطة إذا قدم المالك بعد الحول والتَّملُّك وقد تلفت؛ فالمشهور: أنَّه يجب ضمانها للمالك.

وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى: أنَّه لا يجب الضَّمان مع التَّلف، وإنَّما يجب الرَّدُّ مع بقاء العين.

ومنها: لو قبضت المطلقة البائن النَّفقة، تظنُّ أنَّها حامل، ثمَّ بانت

(١) قوله: (وأبي داود) سقط من (ب) و(ج) و(و).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٤/ ١٩٧٠): قلت: مال المفقود كسبيل امرأته؟ قال: (نعم، إذا قُسم ماله ثم جاء)، قال: (ما وجده أخذه، وما استهلك فليس عليهم شيء، إنما قُسم بحق هو لهم، ليس على الورثة شيء).
وفي مسائل أبي داود (ص ٢٤٥): سمعت أحمد سئل عن المفقود قدم وقد اقتسم ميراثه؟ قال: (ما أدركه بعينه أخذه).

(٣) في (ب): ردَّه.

(٤) نقلها ابن مفلح في الفروع (٩/ ٢٥١).

حائلًا (١)؛ ففي الرُّجوع عليها روايتان[١].

ومنها: لو غاب الزَّوج، فأنفقت الزَّوجة من ماله، ثمَّ تبيَّن موته؛ فهل يُرجع عليها بما أنفقته بعد موته؟ على روايتين.

ومنها: لو دفع زكاة ماله أو كفَّارته إلى من يظنُّه فقيرًا، فبان أنَّه غنيٌّ؛ ففي وجوب الضمان عليه روايتان؛ أصحُّهما: أن لا ضمان[٢].

وكذلك لو كان العامل هو الدَّافعَ، قاله القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة».

وقال في «المجرَّد»: لا يضمن الإمام بغير خلاف؛ لأنَّه أمين، ولم يفرِّط؛ لأنَّ هذا لا يمكن الاحتراز منه.

وإن بان عبدًا أو كافرًا أو هاشميًّا؛ فقيل: هو على الخلاف، وبه جزم ابن عقيل في «الفنون».

وكذلك ذكر القاضي في آخر «الجامع الصغير»؛ إلَّا أنَّه خرَّج الخلاف في الضَّمان هنا على القول بعدمه في الغِنى.

وقيل: لا يجزئه رواية واحدة؛ لظهور التَّفريط في الاجتهاد، فإنَّ هذه الأوصاف لا تخفى، بخلاف الغنى.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أرجحهما: الرجوع).

[٢] كتب على هامش (ن): (ومن مسائل هذه القاعدة: إذا أذن كل واحد من شريكي العنان للآخر في إخراج زكاته، فأخرجا معًا أو مرتبين).

---

(١) في (أ) و(ج): حاملًا.

وإن بان بأنَّه(١) نسيب نفسه؛ فطريقان:

أحدهما: لا يجزئ قولًا واحدًا، كما لو بان عبد نفسه(٢).

والثَّاني: هو كما لو بان غنيًّا.

والمنصوص ههنا الإجزاء؛ لأنَّ المانع خشية المحاباة؛ وهو منتفٍ مع عدم العلم.

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: وعلى قياس ذلك مال الفيء والخمس، والأموال الموصى بها والموقوفة، إذا ظنَّ المتصرِّف فيها أنَّ الآخذ مستحِقٌّ فأخطأ.

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): أنَّه.

(٢) قوله: (كما لو بان عبد نفسه) سقط من (ب) و(و).

قاعدة [٩٦]

من وجب عليه أداء عين مال، فأدَّاه عنه غيره بغير إذنه؛ هل يقع موقعه وينتفي الضَّمان عن المؤدِّي؟

هذا على قسمين:

أحدهما: أن تكون العين ملكًا لمن وجب عليه الأداء، وقد تعلَّق بها حقُّ الغير:

فإن كان المتصرِّف له ولاية التَّصرُّف؛ وقع الموقع ولا ضمان، ولو كان الواجب دينًا.

وإن لم يكن له ولاية:

فإن كانت العين متميِّزة بنفسها؛ فلا ضمان ويجزئ.

وإن لم تكن متميِّزة من بقيَّة ماله؛ ضمن ولم يجزئ، إلَّا أن يجيز المالك التَّصرُّف، ونقول بوقف عقود الفضوليِّ على الإجازة.

ويتفرَّع على هذا مسائل:

منها: لو امتنع من وفاء دينه وله مال، فباع الحاكم ماله ووفَّاه عنه؛ صحَّ، وبرئ منه ولا ضمان.

ومنها: لو امتنع من أداء الزكاة، فأخذها الإمام منه قهرًا؛ فإنَّها تجزئ عنه ظاهرًا وباطنًا في أصحِّ الوجهين، وهو ظاهر كلام أحمد

والخرقيِّ؛ لأنَّ للإمام ولاية على الممتنع، وهذا حقٌّ تدخله النِّيابة، فوقع موقعه.

ومنها: لو تعذَّر استئذان من وجبت عليه الزَّكاة؛ لغَيبة أو حبس، فأخذ السَّاعي الزَّكاة من ماله؛ سقطت عنه.

ومنها: وليُّ الصبي والمجنون يخرج عنهما الزَّكاة ويجزئ؛ كما يؤدِّي عنهما سائر الواجبات الماليَّة من النَّفقات والغرامات.

ومنها: إذا عيَّن أضحية، فذبحها غيره عنه بغير إذنه(١)؛ أجزأت عن صاحبها، ولم يضمن الذَّابح شيئًا، نصَّ عليه؛ لأنَّها متعيِّنة للذَّبح ما لم يبدلها، وإراقة دمها واجب(٢)؛ فالذَّابح قد عجَّل الواجب، فوقع موقعه(٣).

ولا فرق عند الأكثرين بين أن تكون معيَّنة ابتداء، أو عن واجب في الذِّمَّة.

وفرَّق صاحب «التَّلخيص» بين ما وجب في الذِّمَّة وغيره(٤)، وقال: المعيَّنة عن واجب في الذِّمَّة يشترط لها نيَّة المالك عند الذَّبح، فلا يجزئ ذبح غيره لها بغير إذنه؛ فيضمن.

ومنها: لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد، فأطلقه غيره بغير إذنه؛ فقال القاضي والأكثرون: لا يضمن؛ لأنَّه فعل الواجب عليه، كما لو

---

(١) قوله: (بغير إذنه) سقط من (أ).

(٢) في (أ) و(د) و(و): وجب.

(٣) في (أ): الموقعة.

(٤) قوله: (بين ما وجب في الذِّمَّة وغيره) سقط من (ب).

أدَّى عنه دينه في هذه الحال.

وفي «المبهج» للشيرازيِّ: أنَّه يضمن؛ لأنَّ ملكه لم يزل عنه، وإرسال الصَّيد إتلاف يوجب الضَّمان؛ فهو كقتله، اللَّهم إلَّا أن يكون المرسِل حاكمًا أو وليَّ صبيٍّ؛ فلا ضمان للولاية.

وهذا كلُّه بناءً على قولنا: يجب عليه إرساله وإلحاقه بالوحش، وهو المنصوص.

وأمَّا(١) إن قلنا: يجوز له نقل يده إلى غيره بإعارة أو إيداع، كما قاله القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في باب(٢) العارية؛ فالضَّمان واجب بغير إشكال[١].

ومنها: لو نذر الصَّدقة بمال معيَّن، فتصدَّق به عنه غيره؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه؛ كالأضحية، وهو اختيار أبي الخطَّاب في «الانتصار»، سواء قيل بزوال ملكه وامتناع الإبدال كما اختاره، أو ببقاء الملك وجواز الإبدال؛ إذ لا فرق بين الدَّراهم المنذورة وبين الأضحية في ذلك.

والثَّاني: الضَّمان، وهو قول القاضي وابن عقيل.

ويشكل الفرق بينه وبين الأضحية، لا سيَّما والنُّقود لا تتعيَّن بالتَّعيين

[١] كتب على هامش (ن): (ظاهره: ولو كان المرسل حاكمًا).

(١) في(ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): أمَّا.

(٢) قوله: (باب): سقط من (أ) و(و).

في العقود على إحدى الرِّوايتين، بخلاف الحيوان.

وقد يقال في الفرق: إنَّ الأضحية إنَّما يجوز إبدالها بخير منها، والنُّقود متساوية غالبًا؛ فلا معنى لإبدالها[(١)].

وقد أشار القاضي إلى الفرق: بأنَّ النَّذر يحتاج إخراجه إلى نيَّة كالزَّكاة.

وهذا ممنوع، بل نقول في نذر الصَّدقة بالمعيَّن ما نقول في الأضحية المعيَّنة.

وأمَّا إذا أدَّى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نَذْرِهِ الواجب في الذِّمَّة، أو كفَّارته من ماله بغير إذنه، حيث لا ولاية له عليه؛ فإنَّه يضمن في المشهور؛ لأنَّه لا يسقط به فرض المالك؛ لفوات النِّيَّة المعتبرة منه وممَّن يقوم مقامه.

وخرَّج الأصحاب نفوذه بالإجازة من نفوذ تصرُّف الفضوليِّ بها.

وهذا الَّذي ذكرناه[(٢)] في العبادات؛ كالزَّكاة والأضحية والنَّذر؛ إنَّما هو إذا نواه المخرِجِ عن المالك.

فأمَّا إن نوى عن نفسه، وكان عالمًا بالحال؛ فهو غاصب محض، فلا يصحُّ تصرُّفه لنفسه بأداء الزَّكاة، ولا بذبح الأضحية والهدي ولا غيرهما؛ لأنَّه وقع من أصله تعدِّيًا، وذلك ينافي التَّقرُّب.

وخرَّج بعض الأصحاب وجهًا: بوقفه على الإجازة، من القول

---

(١) من قوله: (لا سيَّما والنُّقود لا تتعيَّن بالتَّعيين) إلى هنا سقط من (ب) و(و).

(٢) في (أ): ذكرنا.

بوقف تصرُّف الغاصب.

وربَّما ذكره بعضهم رواية في الزَّكاة.

وخرَّجه ابن أبي موسى وجهًا في العتق، لكن إذا التزم ضمانه في ماله، وهذا شبيه بتصرُّف الفضوليِّ.

وهل يجزئ عن المالك في هذه الحال أم لا؟ حكى القاضي والأكثرون في الأضحية روايتين.

والصَّواب: أنَّ الرِّوايتين تتنزَّل على اختلاف حالين لا على اختلاف قولين؛ فإن نوى الذَّابح الذَّبح عن نفسه مع علمه بأنَّها أضحية الغير؛ لم تجزئ؛ لغصبه واستيلائه على مال الغير وإتلافه له عدوانًا، وإن كان يظنُّ الذَّابح أنَّها أضحيته؛ لاشتباهها عليه؛ أجزأت عن المالك.

وقد نصَّ أحمد على الصُّورتين في رواية ابن القاسم وسندي، مفرِّقًا بينهما مصرِّحًا بالتَّعليل المذكور، وكذلك الخلَّال فرَّق بينهما وعقد لهما بابين منفردين؛ فلا تصحُّ التَّسوية بعد ذلك.

ومتى قيل بعدم الإجزاء؛ فعلى الذَّابح الضَّمان، لكن هل يضمن أرش الذَّبح أو كمال القيمة؟

أمَّا على رواية تحريم ذبيحة الغاصب؛ فضمان القيمة متعيِّن.

وأمَّا على القول بالحلِّ - وهو المشهور -؛ فقد يقال: إن كانت معيَّنة عن واجب في الذِّمَّة؛ فحكم هذا الذَّبح حكم عطبها، وإذا عطبت؛ فهل ترجع إلى ملكه؟ على روايتين.

فإن قيل: برجوعها إلى ملكه؛ فعلى الذَّابح أرش نقص الذَّبح خاصَّة.

وإن قيل: لا ترجع إلى ملكه؛ فالذَّبح حينئذ بمنزلة إتلافها بالكليَّة؛ فيضمن الجميع، ويشتري المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه، ويصرف الكلَّ مصرف الأضحية(١).

وإن كانت معيَّنة ابتداء أو تطوُّعًا؛ فقد فوَّت على المالك التَّقرُّب بها، وكونها أضحية أو هديًا، لكن على وجه لا يلزمه بدلها.

فيحتمل أن يتصدَّق بلحمها، كالعاطب دون محلِّه، ويأخذ أرش الذَّبح من الذَّابح ويتصدَّق به.

ويحتمل أن يضمنه قيمتها، وهو أظهر؛ لأنَّه فوَّت عليه التَّقرُّب بها، على وجه لا يعود إليه منها شيء؛ فهو كإتلافها.

وأمَّا إذا فرَّق الأجنبيُّ اللَّحم؛ فقال الأصحاب: لا يجزئ؛ لأنَّ أحمد قال في رواية ابن منصور فيما إذا ذبح كلُّ واحد أضحية الآخر يعتقد أنَّها أضحيته: إنَّهما يترادَّان اللَّحم(٢).

قالوا: وإن تلف؛ فعليه ضمان قيمته.

وأبدى ابن عقيل في «فنونه» احتمالًا بالإجزاء؛ لأنَّ التَّفرقة ليست واجبة على المالك، بدليل ما لو ذبحها فسرقت.

ويشهد له قول أحمد في رواية المروذيِّ وغيره، في رجل اشترى لقوم نسكًا، فاشترى لكلِّ واحد شاة، ثمَّ لم تُعرف هذه من هذه؛ قال: يتراضيان ويتحالّان(٣)، ولا بأس أن يأخذ كلُّ واحد شاة بعد التَّحليل.

---

(١) في (ب): ويتصدَّق بالكلِّ. مكان قوله: (ويصرف الكلَّ مصرف الأضحية).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٠٢٩).

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): يتحالّان.

فدلَّ على أنَّ التَّفريق إذا وقع عن غير قصد ولا تعمُّد أنه يجزئ، ولولا ذلك لم تجز التَّضحية بهذه الأضحية المشتبهة، وقد يكون عن واجب في الذِّمَّة، ويحمل قوله: (يترادَّان اللَّحم) مع بقائه.

القسم الثَّاني: أن يكون الواجب أداؤه غير مملوك له؛ فأدَّاه الغير إلى مستحِقِّه، فإن كان مستحِقُّه معيَّنًا؛ فإنَّه يجزئ ولا ضمان، وإن لم يكن معيَّنًا؛ ففي الإجزاء خلاف.

ويندرج تحت ذلك مسائل:

منها: الغصوب والودائع إذا أدَّاها أجنبيٌّ إلى المالك؛ أجزأت ولا ضمان.

ومنها: إذا اصطاد المحرِم صيدًا في إحرامه، فأرسله غيره من يده؛ فلا ضمان.

ومنها: إذا دفع أجنبيٌّ عينًا موصًى بها إلى مستحِقٍّ معيَّن؛ لم يضمن، ووقعت موقعها.

وكذا لو كانت الوصيَّة بمال غير معيَّن، بل مقدَّر.

وإن كانت لغير معيَّن؛ ففي الضَّمان وجهان.

ونصَّ أحمد في رواية حنبل فيمن بيده وديعة موصًى[(١)] بها لمعيَّن: أنَّ المودَع يدفعها إلى الموصى له والورثة، قيل له: فإن دفعها إلى الموصى له يضمن؟ قال: أخاف. قيل له: فيعطيه القاضي؟ قال: لا، ولكن يدفعه إليهم.

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: وصًّى.

ونصَّ أحمد(١) في رواية مهنَّى على ضمانه بالدَّفع إلى الموصى له، وهذا محمول على أنَّ الوصيَّة لم تثبت ظاهرًا.

وصرَّح الأصحاب بأنَّه لو كان عليه دين ووصَّى به صاحبه لمعيَّن؛ كان مخيَّرًا بين دفعه إلى الورثة والموصى له؛ لأنَّه صار حقًّا له؛ فهو كالوارث المعيَّن.

وعلى هذا يتخرَّج دفع مال الوقف إلى مستحِقِّه المعيَّن مع وجود النَّاظر فيه[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (بخط شيخنا قاضي القضاة رحمه الله: مال الوقف أمانة عند الناظر، فهو داخل في عموم المسألة الأولى، وهي قوله: "منها الغصوب والودائع").

---

(١) قوله: (أحمد) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ).

قاعدة [٩٧]

من بيده مال أو في ذمَّته دين يَعرف مالكه، ولكنَّه غائب يرجى قدومه؛ فليس له التَّصرُّف فيه بدون إذن الحاكم، إلَّا أن يكون يسيرًا تافهًا؛ فله الصَّدقة به عنه، نصَّ عليه في مواضع(١).

وإن كان قد أيس من قدومه؛ بأن مضت مدَّة يجوز فيها أن تتزوَّج(٢) امرأته، ويقسم ماله، وليس له وارث؛ فهل يجوز التَّصرُّف في ماله بدون إذن الحاكم؟

قد يتخرجَّ على وجهين، أصلهما الرِّوايتان في امرأة المفقود: هل تتزوَّج(٣) بدون إذن(٤) الحاكم أم لا؟

---

(١) جاء في مسائل عبد الله (ص ٣١١): سمعت أبي سئل عمن كان في يديه شيء من الأموال الحرام، قال: (فعليه أن ينفذه إلى من هو له، فإن لم يعرف صاحبه فإن سبيله الصدقة عن صاحبه، فإن جاء يومًا ضمن ذلك).

وجاء في مسائل صالح (ص ٢٨٨): سألت أبي عن رجل ظلم قومًا مالًا، وقد تاب، وهو يريد رده، وقد مات هؤلاء القوم ولا ورثة لهم، ولا يعرف الذين ظلمهم، كيف يصنع؟ قال: (إذا كان لا يعرف من ظلم ولا يعرف له وارثًا؛ تصدق به).

(٢) في (ب) وباقي النسخ: تزوَّج.

(٣) في (ب) و(هـ) و(ن): تزوَّج.

(٤) قوله: (إذن) سقط من (أ) و(ج) و(د).

والمنصوص في رواية صالح: جواز التَّصدُّق به، ولم يعتبر حاكمًا.

وإن لم يَعرف مالكه بل جهل؛ جاز التَّصدُّق به عنه بشرط الضَّمان بدون إذن حاكم قولًا واحدًا على أصحِّ الطَّريقين.

وعلى الثَّانية فيه روايتان، وهي طريقة القاضي في «كتاب الرِّوايتين»، وفي موضع من «المجرد».

وجزم في موضع آخر منه: بتوقُّف التَّصرُّف على إذن الحاكم، والأولى أصحُّ.

ويتخرَّج على هذه القاعدة مسائل:

منها: اللُّقَطَةُ الَّتي لا تملك إذا أجزنا الصَّدقة بها[١]، أو الَّتي يخشى فسادها إذا أراد التَّصدُّق بها؛ فالمنصوص جواز الصَّدقة بها من غير حاكم.

وذكر أبو الخطَّاب رواية أخرى: أنَّه إن كان يسيرًا؛ باعه وتصدَّق به، وإن كان كثيرًا؛ رفعه إلى السُّلطان، وقال: نقلها مهنَّى.

ورواية مهنَّى إنَّما هي فيمن باع من رجل شيئًا، ثمَّ مات المشتري قبل قبضه، وخشي البائع فساده، وهذا ممَّا له مالك معروف ويمكن الاطِّلاع على معرفة ورثته؛ فليست المسألة، نبَّه على ذلك الشَّيخ مجد الدِّين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهي ما سوى الأثمان على الرواية التي تقول: لا يملكها، فهل له الصدقة بها؟ على روايتين، وعلى رواية جواز ذلك: فشَرْطه ضمانه عليه إذا جاء ربها).

ومنها: اللَّقيط إذا وُجد معه مال؛ فإنَّه ينفق عليه منه بدون إذن الحاكم(١)، ذكره ابن حامد.

قال أبو الخطَّاب: وروى عنه أبو الحارث ما يدلُّ على أنَّه لا ينفق عليه إلَّا بإذن الحاكم.

قال الشَّيخ مجد الدين: وهذه الرِّواية إنَّما هي في المودَع أنَّه لا ينفق على زوجة المستودِع وأهله في غيبته إلَّا بإذن الحاكم[١].

وليس هذا نظير مسألتنا؛ لأنَّ الولاية هنا على معروف، فنظيره من وجد طفلًا معروف النَّسب وأبوه غائب[٢].

ومنها: الرُّهون الَّتي لا يُعرف أهلها، نصَّ أحمد على جواز الصَّدقة بها[٣] في رواية أبي طالب وأبي الحارث وغيرهما(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومع ذلك، فقال الشيخ مجد الدين في «محرره»: ولحاضنه أن ينفق عليه منه بدون الحاكم، وعنه: يجب استئذانه).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: ومعه ما ينفق عليه منه).

[٣] كتب على هامش (ن): (لكن هل يتصدق بها كلها، أو يستوفي دينه منها ويتصدق بالفاضل فيه؟ روايتان ثابتتان في آخر هذه القاعدة).

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: حاكم.

(٢) جاء في الروايتين والوجهين (١/ ٣٧٠): قال في رواية أبي طالب في رجل عنده رهون لا يعرف صاحبها، وقد أتى عليها حين: (يبيعها ويتصدق بثمنها، فإن جاء صاحبها عرفها، ولا يأخذ ما أنفق على الرهن إذا باعه).
قال في رواية أبي الحارث: (يبيعه ويتصدق بالفضل، فإذا جاء صاحبه كان مخيرًا بين الأجر، وبين أخذ ما بقي من الثمن).

وتأوَّله القاضي في «المجرد» وابن عقيل: على أنَّه تعذَّر إذن الحاكم؛ لما روى عنه أبو طالب أيضًا: إذا كان عنده رهن وصاحبه غائب وخاف فساده؛ يأتي إلى السُّلطان ليأمر ببيعه، ولا يبيعه بغير إذن السُّلطان.(١)

وأنكر ذلك الشَّيخ مجد الدين وغيره، وأقرُّوا النُّصوص على وجوهها؛ فإن كان المالك معروفًا لكنَّه غائب؛ رفع أمره إلى السلطان، وإن كان مجهولًا؛ جاز التَّصرُّف فيه بدون حاكم، وإن كان(٢) علم صاحبه لكنَّه أيس منه؛ تصدَّق به(٣) عنه، نصَّ عليه في رواية أبي الحارث(٤).

ومنها: الودائع الَّتي جُهل ملَّاكها؛ يجوز التَّصدُّق بها بدون حاكم، نصَّ عليه.

وكذلك إن فقد ولم يُطَّلَع على خبره وليس له ورثة؛ تُصدِّق به، نصَّ عليه، ولم يعتبر حاكمًا.

قال القاضي في «المجرَّد»: فيحتمل أن يحمل على إطلاقه؛ لأنَّه من فعل المعروف، ويحتمل أن يحمل عند تعذُّر إذن الحاكم؛ لأنَّ هذا المال مصرفه إلى بيت المال، وتفرقة مال بيت المال موكول إلى اجتهاد الإمام، انتهى.

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٧٠).
(٢) قوله: (كان) سقط من (ب) و (ج) و (ن).
(٣) قوله: (به) سقط من (أ).
(٤) وهي المتقدم ذكرها. ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٧٠).

والصَّحيح: الإطلاق، وبيت المال ليس بوارث على المذهب المشهور، وإنَّما يحفظ فيه المال الضَّائع، فإذا أُيِسَ من وجود صاحبه؛ فلا معنى للحفظ، ومقصود الصَّرف في مصلحة المالك يحصل بالصَّدقة به عنه، وهو أولى من الصَّرف إلى بيت المال؛ لأنَّه ربَّما صُرف عند فساد بيت المال إلى غير مصرفه.

وأيضًا؛ فالفقراء مستحِقُّون من مال بيت المال، فإذا وصل إليهم هذا المال على غير يد الإمام؛ فقد حصل المقصود، ولهذا قلنا على أحد الوجهين: إذا فرَّق الأجنبيُّ الوصية، وكانت لغير معيَّن كالفقراء؛ فإنَّها تقع الموقع، ولا تضمن؛ كما لو كانت الوصيَّة لمعيَّن.

وعلى هذا الأصل: يتخرَّج جواز أخذ الفقراء[1] الصَّدقة من يد من ماله حرام؛ كقطَّاع الطَّريق، وأفتى القاضي بجوازه.

ونصَّ أحمد في رواية صالح على أن من[2] كانت عنده وديعة، فوكَّل في دفعها، ثمَّ مات، وجُهل ربُّها، وأيس من الاطِّلاع عليه؛ يتصدق بها عنه الوكيل، وورثه الموكِّل في البلد الَّذي كان صاحبها فيه حيث يرون أنَّه كان، وهم ضامنون إذا ظهر له وارث.

واعتبار الصدقة في موضع المالك - مع الجهل به -؛ قد نصَّ على مثله في الغصب وفي مال الشُّبهة[3].

(١) في (ب) و(ج): الفقير.
(٢) قوله: (على أنَّ من) هو في (ب) وباقي النسخ: فيمن.
(٣) تقدم بعضها في أول القاعدة.

واحتجَّ بأن عمر جعل الدِّية على أهل القرية؛ يعني: إذا جهل القاتل(١).

وجه الحجَّة منه: أنَّ الغرم لمَّا اختصَّ بأهل المكان الَّذي فيه الجاني؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ الجاني أو عاقلته المختصِّين بالغرم لا يخلو المكان عنهم؛ فكذلك الصَّدقة بالمال المجهول مالكه ينبغي أن تختصَّ بأهل مكانه؛ لأنَّه أقرب إلى وصول المال إليه إن كان موجودًا أو إلى ورثته، ويراعى في ذلك الفقر؛ لأنَّها صدقة؛ كما يراعى في وضع الدِّية الغنى.

ومنها: الغصوب الَّتي جهل ربُّها، فيتصدَّق بها أيضًا، وقد نصَّ على ذلك في رواية جماعة(٢).

ولم يذكر أكثر الأصحاب فيه خلافًا.

وطرد القاضي في «كتاب الرِّوايتين» فيه الخلاف؛ بناءً على أنَّه مستحَقٌّ لبيت المال.

وكذلك حكم المسروق ونحوه، نصَّ عليه.

ولو مات المالك ولا وارث له يعلم؛ فكذلك يتصدَّق به عنه، نصَّ عليه أيضًا.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة (٢٧٨٥١)، والبيهقي في الكبرى (١٦٤٥٠)، عن الشعبي، قال: وُجد قتيل بين حيين من همدان، بين وادعة وخيوان، فبعث معهم عمرُ المغيرةَ بن شعبة، فقال: «انطلق معهم، فقس ما بين القريتين، فأيهما كانت أقرب فألحق بهم القتيل».

(٢) تقدم ذكر بعضها في أول القاعدة.

تنبيهان:

أحدهما: الدُّيون المستحَقَّة كالأعيان؛ يتصدَّق بها عن مستحِقِّيها، نصَّ عليه.

مع أنَّه نصَّ على أنَّ من قال لغريمه: تصدَّق عني بديني الَّذي لي عليك؛ لم يبرأ بالصَّدقة عنه، ولو وكَّله في قبضه من نفسه حيث لم يتعيَّن المدفوع ملكًا له؛ فإنَّ الدَّين لا يتعيَّن ملكه فيه بدون قبضه أو قبض وكيله.

وفرَّق القاضي في «خلافه» بين أن يكون المأمور بالدَّفع إليه معيَّنًا أو غير معيَّن؛ فإن كان معيَّنًا؛ برئ بالدَّفع إليه كالوكيل.

وخرَّج في «المجرد» المسألة على بيع الوكيل من نفسه؛ نظرًا إلى أنَّ العلَّة هي القبض من نفسه، حيث وكَّله المالك في التَّعيين والقبض.

وقد أطلق ههنا جواز الصَّدقة به عنه، فإمَّا أن يكون هذا رواية ثانية بالجواز مطلقًا، أو محمولًا على حالة تعذُّر وجود المالك أو وكيله، وهو الأقرب.

وكذلك نصَّ في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لرجل وقد مات، وعليه ديون للنَّاس، فقضى عنه دينه بالدَّين الذي عليه: (أنَّه يبرأ به في الباطن).

والثَّاني: إذا أراد من بيده عين جهل مالكها أن يتملَّكها ويتصدَّق بقيمتها عن مالكها؛ فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجرًّا، وعلم أنَّ البائع باعه ما لا يملك، ولا يُعرف له أربابٌ: أرجو إن أخرج

قيمة الآجرِّ وتصدَّق(١) به أن ينجوَ من إثمه.

وقد يتخرَّج فيه خلافٌ من جواز شراء الوكيل من نفسه.

ويشهد له اختلاف الرِّواية عنه فيمن له دين وعنده به رهن، وانقطع خبر صاحبه وباعه؛ هل له أن يستوفيَ دينه منه ويتصدَّق بالفاضل، أم يتصدَّق به كلِّه؟ على روايتين؛ لأنَّ فيه استيفاءً للحقِّ بنفسه من تحت يده.

واختار ابن عقيل جوازه مطلقًا، وخرَّجه من بيع الوكيل من نفسه، ومن مواضع أخر.

---

(١) في (ب) وباقي النسخ: فتصدَّق.

قاعدة [٩٨]

من ادَّعى شيئًا ووصفه؛ دُفِعَ إليه بالصِّفة إذا جهل ربُّه، ولم تثبت عليه يدٌ مِن جهة مالكه، وإلَّا فلا.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: اللُّقطة يجب دفعها إلى واصفها، نصَّ عليه(١).

وإن وصفها اثنان؛ فهي لهما.

وقيل: يقرع بينهما.

وإن استقصى أحدهما الصِّفات، واقتصر الآخر على القدر الَّذي يجزئ في الدَّفع؛ فوجهان مخرَّجان من التَّرجيح بالنَّسَّاج والنَّتَّاج(٢)[١]،

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فيما إذا تعارض بينتان، وإحداهما ذَكَرت سبب الملك؛ ككونها نتجت في ملكه، أو كونها من نسجه، وفي الترجيح بذلك روايتان مشهورتان. من خط مولانا قاضي القضاة).

(١) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/١٢٨): سألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها، فيجيء إنسان فيقول: هي لي، أيعطيه؟ قال: (لا يعطيه، إلا أن يعطي علامتها وعفاصها ووكاءها وعددها، فلا بأس أن يعطي).

(٢) النسَّاج: من نسجتُ الثوب نَسْجًا، من باب ضرب، والفاعل: نسَّاج. ينظر: المصباح المنير ٢/ ٦٠٢.

=

ذكره ابن عقيل في «مفرداته».

ومنها: الأموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة؛ كالموجودة مع اللُّصوص وقطَّاع الطَّريق ونحوهم؛ يكتفى فيها بالصِّفة(١).

ومنها: تداعي المُؤْجِر والمستأجر دِفنًا في الدَّار؛ فهو لواصفه منهما، نصَّ عليه في رواية الفضل بن زياد.

ومنها: اللَّقيط إذا تنازع اثنان أيُّهما التقطه، وليس في يد أحدهما؛ فمن وصفه منهما فهو أحقُّ به.

ومنها: من وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة؛ فإنَّه يستحقُّه بالوصف ونحوه ممَّا يدلُّ على أنَّه له، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل.

وسئل: أيزيد على ذلك(٢) بينة؟ قال: لا بدَّ من بيانٍ يدلُّ على أنَّه له، وإن علم ذلك دفعه إليه الأمير، انتهى.

وقد قضى سعد بن أبي وقاص في هذا بالعلامة المحضة(٣).

= والنتاج: إذا ولي الرجل ناقةً ماخِضًا ونِتاجها حتى تضع، قيل: نَتَجَها نَتجًا ونِتاجًا. ينظر: العين ٦/ ٩٢.

(١) زاد في (هـ): ذكره القاضي في خلافه.

(٢) قوله: (ذلك) سقط من (أ).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة (٣٣٣٥٨)، عن الركين، عن أبيه، أو عن عمه قال: حُبس لي فرس، فأخذه العدو، قال: فظهر عليه المسلمون، قال: فوجدته في مربط سعد، قال: فقلت: فرسي، قال: بينتك، قلت: أنا أدعوه فيحمحم، قال: إن أجابك فلا أريد منك بينة.

قاعدة [٩٩]

ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان(١) ولا ضرر في بذله؛ لتيسُّره وكثرة وجوده، أو المنافع المحتاج إليها(٢)؛ يجب بذله مجَّانًا بغير عوض(٣).

ويندرج تحت ذلك مسائل:

منها: الهرُّ لا يجوز بيعه على أصحِّ الرِّوايتين[١]، وفي(٤) «صحيح مسلم» النَّهي عنه(٥)، ومأخذ المنع ما ذكرنا.

ومنها: الماء الجاري والكلأ يجب بذل الفاضل منه للمحتاج إلى

---

[١] كتب على هامش (ن): (الذي اختاره الخرقي واحتج له صاحب «المغني»: جواز بيعها، وكذا قدمه في «المقنع»، وتبعه «الوجيز»، وأطلق «المحرر» الروايتين. بهامشه).

---

(١) قوله: (الأعيان) هي في (ب) و(و) و(ن): الأموال والأعيان.
(٢) قوله: (أو المنافع المحتاج إليها) سقط من (ب) و(و) و(ن).
(٣) زاد في (ج) و(د) و(هـ): في الأظهر.
(٤) قوله: (وفي) هو في (ب) و(هـ) و(و) و(ن): وثبت في.
(٥) أخرج مسلم (١٥٦٩) عن أبي الزبير، قال: سألت جابرًا، عن ثمن الكلب والسنور؟ قال: «زجر النبي ﷺ عن ذلك».

الشُّرب وإسقاء بهائمه.

وكذلك زروعه على الصَّحيح أيضًا.

وسواء قلنا: يملكه من هو في أرضه أو لا.

والصَّحيح: أنَّ مأخذ المنع من بيعه ما ذكرنا[١]، لا أنَّه غير مملوك بملك الأرض؛ فإنَّ النُّصوص متكاثرة عن أحمد بملك المباحات النَّابتة في الأرض.

ويشهد له أيضًا ما نصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور في اللُّقاط: (لا أرى لصاحب الأرض أن يبيعه(١)، النَّاسُ فيه سواء)(٢)، مع أنَّه مملوك له بلا إشكال، ولا يقال: زال ملكه عنه بمصيره منبوذًا مرغوبًا عنه؛ لأنَّ المنع والبيع ينافي ذلك.

ومنها: وضع الخشب على جدار الجار إذا لم يضرَّ به.

وكذلك إجراء الماء في أرضه على إحدى الرِّوايتين.

ومنها: إعارة الحليِّ، ظاهر كلام أحمد وجماعة من الأصحاب وجوبه، وصرَّح به بعض المتأخرين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: "إن مأخذ المنع من بيعه ما ذكرنا"، يقتضي أنه منع بيعه لوجوب بذله عند الحاجة، وفي وجوب ذلك نظر؛ فإن الكلب لا يجوز بيعه ولا يجب بذله عند الحاجة؛ إذ لو وجب بذله لكان أولى بالذكر من الهر).

---

(١) في (ب) و(ن): يمنعه.

(٢) مسائل ابن منصور (٩/ ٤٧٣٠).

واختار بعضهم وجوب بذل الماعون، وهو ما خفَّ قدره وسهل؛ كالدَّلو والفأس والقِدر والمُنْخُل، وإعارة الفحل للضِّراب، وهو اختيار الحارثيِّ، وإليه ميل الشَّيخ تقيِّ الدِّين[(١)].

ومنها: المصحف تجب إعارته لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد مصحفًا غيره، نقله القاضي في «الجامع الكبير»، وذكر ابن عقيل في كلام له[(٢)] مفرد أنَّ الأصحاب علَّلوا قولهم: لا يقطع بسرقة المصحف؛ بأنَّ[(٣)] له فيه حقَّ النَّظر لاستخراج أحكام الشَّرع إذا خفيت عليه، وعلى صاحبه بذله.

لذلك قال ابن عقيل: وهذا[(٤)] تعليل يقتضي التَّسوية بين سرقته وسرقة كتب السُّنن؛ فإنَّها مضمَّنة[(٥)] من الأحكام أمثال ذلك، والحاجة إليها داعية، وبذلها للمحاويج إليها من القضاة والحكَّام وأهل الفتاوى واجب على مالكها، انتهى.

ومنها: ضيافة المجتازين، والمذهب وجوبها، وأمَّا إطعام المضطرين؛ فواجب، لكن لا يجب بذله مجَّانًا، بل بالعوض.

وأمَّا المنافع المضطرُّ إليها كمنفعة الظَّهر للمنقطعين في الأسفار، وإعارة ما يضطرُّ إليه؛ ففي وجوب بذلها مجَّانًا وجهان.

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٨/ ٩٨).
(٢) قوله: (له) سقط من (ب).
(٣) في (ب): لأنَّ.
(٤) في (ب): وكذا.
(٥) في (ب): متضمنة.

واختار الشيخ تقي الدِّين: (أنَّ المضطرَّ إلى الطعام إن كان فقيرًا؛ وجب بذله له مجَّانًا؛ لأنَّ إطعامه فرض كفاية؛ فلا يجوز أخذ العوض عنه، بخلاف الغنيِّ؛ فإنَّ الواجب معاوضته فقط)[١]، وهذا حسن.

وحكى الآمديُّ رواية: أنَّه لا يضمن المضطرُّ الطَّعام الَّذي أخذه من صاحبه قهرًا؛ لمنعه إيَّاه.

ومنها: رباع مكَّة، لا يجوز بيعها ولا إجارتها على المذهب[٢] المنصوص.

واختلف في مأخذه؛ فقيل: لأنَّ مكَّة فتحت عنوة، فصارت وقفًا أو فيئًا؛ فلا ملك فيها لأحد، وعلى هذا؛ فينبني الخلاف في البيع[٣] والإجارة على الخلاف في فتحها عنوة أو صلحًا.

وقيل: بل لأنَّ الحرم حريم البيت والمسجد الحرام قد[٤] جعله الله للنَّاس؛ سواء العاكف فيه والباد؛ فلا يجوز لأحد التَّخصيص بملكه وتحجره، بل الواجب أن يكون النَّاس فيه شرعًا واحدًا؛ لعموم الحاجة إليه، فمن احتاج إلى ما بيده منه سكنه، وإن استغنى عنه وجب بذل فاضله للمحتاج[٥] إليه، وهو مسلك ابن عقيل في «نظريَّاته»، وسلكه

---

(١) ينظر: الاختيارات (ص ٤٦٥).
(٢) قوله: (المذهب) سقط من (أ).
(٣) في (أ): المبيع.
(٤) في(ب) وباقي النسخ: وقد.
(٥) في(أ): للحاجة.

القاضي في «خلافه» أيضًا[١].

واختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين(١)، وتردَّد كلامه في جواز البيع؛ فأجازه مرَّة؛ كبيع أرض العنوة عنده، ويكون نقلًا لليد بعوض(٢)، ومنع منه أخرى؛ إذ الأرض وأنقاض البناء من الحرم غير مملوك للباني، وإنَّما له التَّأليف، وقد رُجِّح به بتقديمه في الانتفاع؛ كمن بنى في أرض مسبلة للسُّكنى بناء من ترابها وأحجارها.

ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدلُّ على جواز البيع دون الإجارة(٣)، وتأوَّله القاضي.

وعلى هذا المأخذ؛ فقد يختصُّ المنع بالقول بفتحها عنوة لمصير الأرض فيئًا، وقد نصَّ أحمد في رواية حنبل على أنَّ علَّة الكراهة أنَّها فتحت عنوة(٤)؛ فصار المسلمون فيها شركًا[٢] واحدًا، قال: (وعمر إنَّما

---

[١] كتب على هامش (ن): (كان الأولى تقديم سلوك القاضي له على سلوك ابن عقيل؛ لأن ابن عقيل بعد القاضي وتلميذه، فالظاهر أنه أخذه عنه).

[٢] كتب على هامش (ن): (لعله شرعًا).

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (١٧/ ٤٩٠).

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (١٧/ ٤٩٠)، الاختيارات (ص ١٧٩).

(٣) جاء في مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٠٥): (قلت: تكره أجور بيوت مكة وشراءها والبناء بمنى؟ قال: أخبرك أني أتوقى الكراء، وأما الشراء فقد اشترى عمر رضي الله عنه دار السجن، وأما البناء بمنى فإني أكرهه).

(٤) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٣٦٣).

ترك السَّواد لذلك)، قال: (ولا يعجبني منع منازل السَّواد ولا أرضيهم)[١]، وهذا نصٌّ بكراهة[٢] المنع في سائر أراضي العنوة.

وبكلِّ حال؛ فلا يجب الإسكان في دور مكَّة إلَّا في الفاضل عن حاجة السَّاكن، نصَّ عليه[٣].

(١) ذكرها المصنف في كتابه الخراج (ص ١١٥).

(٢) في (أ): كراهة.

(٣) قال القاضي في الأحكام السلطانية (ص ١٩١): (وقال أيضًا في رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث: "أما ما يقول بعض الناس: ينزلون معهم، فإنما يكون هذا إذا كان عنده فضل كثير، وكانت دارًا عظيمة فيها دور، مثل دار صفوان بن أمية وما أشبهها، فأما رجل له منزل فيه حرمته؛ فلا ينبغي لأحد أن ينزل عليه وهو كاره". واستعظم ذلك ممن قاله).

قاعدة [١٠٠][(١)]

الواجب بالنَّذر هل يلحق بالواجب بالشَّرع أو بالمندوب[١]؟

فيه خلاف تتنزَّل عليه مسائل:

---

[١] كتب على هامش (ن): (وما يتفرَّع على ذلك: أنه لا يجوز له إذا نوى بتيمُّمه منذورة أن يصلِّي فريضة في الصحيح، وقال الشيخ تقي الدين: ظاهر كلامهم لا فرق بين ما وجب بالشَّرع وما وجب بالنذر؛ أي: فهما مثلان يفعل كل منهما بنية كالآخر.

ومن ذلك: أن لا يجوز له أن يصلي المنذورة على الدابة إذا كان مريضًا، ولم يجز له صلاة الفرض عليها على اقتضاء إطلاقهم، أو يتجه فيه خلاف.

وكذا لا يجوز له مع القدرة على القيام أن يصلِّي المنذورة قاعدًا على صريح كلامهم، ويتَّجه فيه ما ذكر.

ومن ذلك: أنه لو نذر الصوم فيجب تبييت النية من اللَيل، كأجر ثوابه، ويتَّجه من هذا الأصل أن يصحَّ من النَّهار كالتَّطوع، وهل يجب عليه إمساك بقيَّة النَّهار إذا أفطر فيه عامدًا كما في رمضان أم لا؟ لم أرَ ذلك في كلامهم، ويتَّجه فيه ما ذكر).

---

(١) سقطت هذه القاعدة والتي تليها من (ب).

منها: الأكل من أضحيّة النَّذر، وفيه وجهان، اختار أبو بكر الجواز[١].

ومنها: فعل الصَّلاة المنذورة في وقت النَّهيِ، وفيه وجهان، أشهرهما الجواز.

ومنها: نذر صيام أيَّام التَّشريق والصَّلاة في وقت النَّهيِ، وفيه وجهان أيضًا.

واختار ابن عقيل: أنَّه كنذر المعصية؛ لأنَّ الملتَزَم بالنَّذر هو التَّطوع المطلق.

ومنها: لو نذر صلاة؛ فهل تجزئه ركعة، أو لا بدَّ من ركعتين؟ على روايتين.

ومنها: لو نذر عتق رقبة؛ لم يجزئه إلَّا سليمة، ذكره القاضي؛ حملًا له على واجب الشَّرع.

ويحتمل أنَّه يجزئه ما يقع عليه الاسم؛ كالوصيَّة؛ فإنَّ القاضي سلَّمها، مع أنَّ المنصوص عن أحمد فيمن وصَّى بعتق رقبة: لا يعتق عنه إلَّا مسلمة .

[١] كتب على هامش (ن): (ومال إليه صاحب «المغني»، قاله الزركشيُّ).

قاعدة [١٠١]

من خُيِّر بين شيئين، وأمكنه الإتيان بنصفيهما معًا؛ فهل يجزئه أم لا؟

فيه خلاف يتنزَّل عليه مسائل:

منها: لو أعتق في الكفَّارة نصفي رقبتين، وفيها وجهان.

وقيل: إن كان باقيهما حرًّا؛ أجزأ وجهًا واحدًا؛ لتكميل الحريَّة به.

وخرَّجوا على الوجهين: لو أخرج في الزَّكاة نصفي شاتين[١].

وزاد صاحب «التلخيص»: لو أهدى نصفي شاتين. وفيه نظر؛ إذ المقصود من الهدي اللَّحم، ولهذا أجزأ فيه شقص من بدنة، وقد روي عن أحمد ما يدلُّ على الإجزاء ههنا.

ومنها: لو أخرج الجبران في زكاة الإبل شاة وعشرة دراهم؛ فهل يجزئه؟ على وجهين.

ومنها: لو كفَّر يمينه بإطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة؛ فإنَّه يجزئ على المشهور.

وفيه وجه مذكور في «شرح الهداية» في زكاة الفطر.

[١] كتب على هامش (ن): (هل يلتحق بذلك: إجزاء نصفي شاتين لمن عليه شاة في فدية ونحوها؟).

ومنها: لو أخرج في الفطرة صاعًا من جنسين؛ والمذهب الإجزاء.

ويتخرَّج فيه وجه آخر.

ومنها: لو كفَّر في محظورات الحجِّ[١] بصيام يومٍ وإطعام أربعة مساكين؛ فالأظهر منعه[٢].

وفي «أحكام القرآن» للقاضي: يحتمل الجواز؛ لأنَّها على التَّخيير، بخلاف كفَّارة اليمين[٣].

وعلى قياس هذا: لو أعتق في كفَّارة اليمين ثلث رقبة[٤]، وأطعم أربعة مساكين، وكسا أربعة: أنَّه يجزئه. وفيه بُعْد.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: كفَّارة الحجِّ الحلق ونحوها؛ ممَّا يقوم فيها صيام يوم عن إطعام مسكينين).

[٢] كتب على هامش (ن): (كون الأظهر منعه؛ فيه نظر، وقد يوجَّه بأنَّ الصِّيام بدنيٌّ والإطعام ماليٌّ، فلا يُلَفَّق منهما، بخلاف الإطعام والكسوة فإنَّهما ماليَّان).

[٣] كتب على هامش (ن): (قوله: "بخلاف كفَّارة اليمين"؛ لأنَّ الصِّيام في كفَّارة اليمين ليس على التَّخيير مع بقيَّة خصالها، بخلاف الصِّيام في فدية الأذى؛ فإنَّه يخيَّر بينه وبين الإطعام).

[٤] كتب على هامش (ن): (قوله: "ثلث رقبة"، لو قيل: خُمس رقبة مع إطعام أربعة مساكين وكسوة أربعة كان ظاهرًا، ولعلَّ المصنِّف نظر إلى أنَّ الكسوة والإطعام لا يتبعَّضان في الواحد، فكمل ثلث المساكين في الإطعام والكسوة بجعلهم أربعة أربعة؛ إذ ثُلث العشرة ثلاثة وثُلث، ويلتحق بذلك إخراج ثُلث شاة وإطعام مسكينين وصيام يوم في فدية الحلق ونحوه).

ومنها: لو أخرج عن أربعمائة من الإبل أربع حقاق وخمس بنات لبون؛ جاز بغير خلاف عندنا[١]؛ لأنَّه عمل بمقتضى قوله: «في كلِّ أربعين بنت لبون، وفي كلِّ خمسين حقَّة»[٢]، لأنَّ هذه واجبات متعدِّدة؛ فهي ككفَّارات متعدِّدة.

فإن أخرج بتشقيص؛ كما لو أخرج عن مائتين حقَّتين وبنتي لبون ونصفًا؛ فهو كإخراج نصفي شاتين على ما سبق.

(١) قال في الإنصاف (٦/ ٤١٢): (لو كانت إبله أربعمائة، فعلى المنصوص: لا يجزئ غير الحقاق. وعلى قول الأصحاب: يخير بين إخراج ثمان حقاق، أو عشر بنات لبون، فإن أخرج أربع حقاق وخمس بنات لبون؛ جاز. قال في «الفروع»: هذا المعروف، وجزم به الأئمة. ثم قال: فإطلاق وجهين سهو. قال في «القاعدة الحادية بعد المائة»: جاز بغير خلاف. قلت: ذكر الوجهين ابن تميم).

(٢) أخرجه البخاري (١٤٥٤) من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

قاعدة [١٠٢]

من أتى بسبب يفيد الملك أو الحلَّ أو يسقط الواجبات(١) **على وجه محرَّم، وكان مما تدعو النُّفوس إليه؛ ألغي ذلك السَّبب**(٢)**، وصار وجوده كالعدم، ولم يترتَّب عليه أحكامه.**

ويتخرَّج على ذلك مسائل كثيرة:

منها: الفارُّ من الزَّكاة قبل تمام الحول بتنقيص النِّصاب أو إخراجه عن ملكه؛ تجب عليه الزَّكاة.

ولو أكثر صرف أمواله في تملُّك ما لا زكاة فيه؛ كالعقار والحليِّ؛ فهل ينزل منزلة الفار؟ على وجهين.

ومنها: المطلِّق في مرضه لا يَقطع طلاقُه حقَّ الزَّوجة من إرثها منه، إلَّا أن تنتفي التُّهَمة بسؤال الزَّوجة ونحوه؛ ففيه روايتان.

ومنها: القاتل لمورِّثه(٣) لا يرثه، وسواء كان متَّهمًا أو غير متَّهم عند أكثر(٤) الأصحاب.

---

(١) من قوله في القاعدة السابقة: (الواجب بالنَّذر هل يلحق) إلى هنا سقط من (ب).
(٢) في (ب) و(و) و(ن): الشَّرط.
(٣) في (ب) وباقي النسخ: لموروثه.
(٤) قوله: (أكثر) سقط من (أ).

وحكى ابن عقيل في «مفرداته» و«عمد الأدلَّة» وجهًا: أنَّه متى انتفت التُّهَمة؛ كقتل الصَّبيِّ والمجنون؛ لم يمتنع الإرث، قال: وهو أصحُّ عندي.

ومنها: قتل الموصى له الموصيَ؛ فإنَّه يبطل الوصيَّة رواية واحدة على أصحِّ الطَّريقين.

ومنها: السَّكران بشرب الخمر عمدًا يُجعل كالصَّاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور من المذهب.

بخلاف من سكر ببنج ونحوه، أو أزال عقله؛ بأن ضرب رأسه فجنَّ؛ فإنَّه لا يقع طلاقه على المنصوص؛ لأنَّ ذلك ممَّا لا تدعو إليه النُّفوس، بل في الطَّبع وازع عنه، ولذلك لا يجب عليه قضاء الصَّلاة إذا جُنَّ في هذه الحالة على الصَّحيح.

ومنها: تخليل الخمر لا يفيد حلَّه ولا طهارته على المذهب الصَّحيح.

ومنها: ذبح الصَّيد في حقِّ المحرم لا يبيحه بالكليَّة، وذبح المحلِّ للمحرم لا يبيحه للمحرم المذبوح له أيضًا، وفي حلِّه لغيره من المحرِمين وجهان.

ولا يَرِد على هذا ذبح الغاصب والسَّارق؛ لأنَّ ذبحهما لا يترتَّب عليه الإباحة لهما؛ فإنَّه باق على ملك المالك ولا إباحة بدون إذنه، مع أنَّ أبا بكر التزم تحريمه مطلقًا، وحكاه رواية.

ويلتحق بهذه القاعدة: قاعدة(١)

من تعجَّل حقَّه، أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرَّم؛ عوقب بحرمانه.

ويدخل فيها من مسائل:

الأولى: مسألة قتل الموروث والموصى له.

ومنها: الغالُّ من الغنيمة يُحرَم سهمَه منها على إحدى الرِّوايتين.

ومنها: من تزوَّج امرأة في عدَّتها؛ حرُمت عليه على التَّأبيد على رواية.

ومنها: من تزوَّجت بعبدها؛ فإنَّه يحرم عليها على التَّأبيد؛ كما روي عن عمر رضي الله عنه، نصَّ عليه أحمد في رواية عبد الله(٢).

ذكره الخلَّال في أحكام العبيد عن الخضر بن المثنَّى الكنديِّ عنه، والخضر هذا مجهول، ينفرد عن عبد الله برواية المناكير الَّتي لا يتابع عليها(٣).

---

(١) هذه القاعدة غير مرقمة في (أ).

(٢) جاء في مسائل عبد الله (ص ٣٢٣): (حدثني أبي، قال حدثنا هشيم، قال أخبرنا حصين عن بكر بن عبد الله، قال: كتب عمر بن الخطاب إلى الأمصار: أيما امرأة تزوجت عبدها بغير بينة ولا ولي؛ فاضربوها، وفرقوا بينهما).
وأخرجه سعيد ابن منصور (١/ ٢٢٤)، وابن أبي شيبة (٢٨٧٦١).

(٣) من قوله: (ومنها: من تزوَّجت بعبدها) إلى هنا سقط من (ب).

ومنها : من اصطاد صيدًا قبل أن يحلَّ من إحرامه؛ لم يحلَّ له وإن تحلَّل، حتَّى يرسله ويطلقه.

وأمَّا إذا قتل الغريمُ غريمَه؛ فإنَّه يحلُّ دينه عليه، كما لو مات، صرَّح به جماعة من الأصحاب.

ويتخرَّج فيه وجه آخر: أنَّه لا يحلُّ؛ طردًا للقاعدة.

قاعدة [١٠٣]

الفعل الواحد يُبنى بعضه على بعض مع الاتِّصال المعتاد، ولا ينقطع بالتَّفرُّق اليسير.

ولذلك صور:

منها: مكاثرة الماء القليل النَّجس بالماء الكثير يعتبر له الاتِّصال المعتاد، دون صبِّ القلَّتين دفعة واحدة.

ومنها: الوضوء إذا اعتبرنا له الموالاة؛ لم يقطعه التَّفرُّق اليسير.

وهل الاعتبار فيه بالعرف، أو بجفاف الأعضاء؟ على روايتين.

ومنها: الصَّلاة؛ يجوز البناء عليها إذا سلَّم منها ساهيًا مع قرب الفصل، ولا تبطل بذلك.

ومنها: المسافر إذا أقام مدَّة يومين؛ فهو سفر واحد، يبنى بعضه على بعض، وإن زاد لم يبن.

ومنها: إذا ترك العمل في المعدِن التَّركَ المعتاد أو لعذر، ولم يقصد الإهمال، ثم عاد إلى الاستخراج؛ ضمَّ الثَّاني إلى الأوَّل في النِّصاب.

ومنها: الطَّواف إذا تخلَّله صلاة مكتوبة أو جنازة؛ يُبنى عليه؛ سواء قلنا: الموالاة فيه سنَّة أو شرط، على أشهر الطَّريقين للأصحاب.

ومنها: لو حلف: لا أكلت إلَّا أكلة واحدة في يومي هذا؛ فأكل

متواصلًا؛ لم يحنث، وإن تفرَّق التَّفرُّق المعتاد على الأكلة الواحدة؛ ولو طال زمن الأكل، وإن قطع ثمَّ عاد بعد طول الفصل؛ حنث، ذكره القاضي في «خلافه» في القطع في السَّرقة.

وقياسه: لو حلف لا وطئها إلَّا مرَّة واحدة، فإنَّ الوطء في العرف عبارة عن الوطء التَّام المستدام إلى الإنزال، ولا يبعد أن يقال مثل ذلك فيمن رتَّب حكمًا على مطلق الوطء.

وفي «الترغيب»: أنَّه ظاهر كلام أصحابنا فيما إذا قال: إن وطئتك فوالله لا وطئتك.

ولكنَّ المنصوص الحنث بالتقاء الختانين.

وقد ذكر القاضي وجهًا: أنَّه لا حدَّ على من أكمل الوطء المعلَّق عليه الطَّلاق الثَّلاث بإتمامه إلى الإنزال.

ومنها: لو أخرج السَّارق من الحرز بعض النِّصاب، ثمَّ دخل وأخرج باقيه، وكلٌّ منهما بانفراده لا يبلغ نصابًا، فإن لم يطل الفصل بينهما؛ قطع.

وإن طال؛ ففيه وجهان ذكرهما القاضي في «خلافه»، وصاحب «المحرَّر»، وعمَّه في «التَّرغيب»، وقال: (اختار بعض شيوخي أنَّه لا قطع مع طول الفصل).

ومنها: إذا ترك المرتضع الثَّدي بغير اختياره، ثمَّ عاد إليه قبل طول الفصل؛ فهي رضعة واحدة عند ابن حامد.

وكذا ذكر الآمدي: أنَّه لو قطع باختياره لتنفُّس أو إعياء يلحقه ثمَّ

عاد ولم يطل الفصل؛ فهي رضعة واحدة، قال: (ولو انتقل من ثدي إلى آخر ولم يطل الفصل؛ فإن كان من امرأة واحدة؛ فهي رضعة واحدة، وإن كان من امرأتين؛ فوجهان).

وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو[(١)] ذلك في جميع الصُّور، إلَّا في صورة المرأتين، وذكر أيضًا أنَّه ظاهر كلام الخرقي، وحكى عن أبي بكر أنَّها تكون رضعتين في جميع ذلك، وأنَّه ظاهر كلام أحمد.

(١) في (ب): يجوز.

قاعدة [١٠٤]

الرِّضا بالمجهول قدرًا، أو جنسًا، أو وصفًا؛ هل هو رضًا معتبرٌ لازم؟

إن كان الملتزَم عقدًا أو فسخًا يصحُّ إبهامه بالنِّسبة إلى أنواعه، أو إلى[(١)] **أعيان من يرد عليه؛ صحَّ الرِّضا به، ولزم بغير خلاف.**

وإن كان غير ذلك؛ ففيه خلاف.

فالأوَّل له صور:

منها: أن يُحرِم بمثل ما أحرم به فلان، أو بأحد الأنساك؛ فيصحُّ.

ومنها: طلَّق إحدى زوجاته؛ فيصحُّ، وتُعَيَّن بالقرعة على المذهب.

ومنها: أعتق أحد عبيده؛ فيصحُّ، ويُعيَّن بالقرعة أيضًا على الصَّحيح.

وأمَّا الثَّاني؛ فله صور:

منها: إذا طلَّق بلفظ أعجمي من لا يفهم معناه، والتزم مُوجَبَه عند أهله؛ ففي لزوم الطَّلاق له وجهان.

والمنصوص في رواية أبي الحارث: أنَّه لا يلزمه الطَّلاق، وهو قول القاضي وابن عقيل والأكثرين.

---

(١) قوله: (إلى) سقط من (أ).

ومنها: إذا طلَّق العجمي بلفظ الطَّلاق، ولم يفهم معناه، ولكنه التزم مُوجَبَه عند العرب، وفيه الخلاف.

ومنها: إذا أعتق العجمي أو العربي بغير لغته، ولم يفهم معناه، وفيه الخلاف.

ونصَّ أحمد في رواية عبد الله: أنَّه لا يلزمه العتق(١).

ومنها: إذا قال لامرأته: أنت طالق مثل ما طلَّق فلان زوجته، ولم يعلم عدده؛ فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكلِّ حال، أو لا يلزمه أكثر من واحدة؟ فيه وجهان.

ومنها: إذا قال: أيمان البيعة تلزمني لأفعلنَّ كذا، ولم يعلم ما هي، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تنعقد يمينه بالكليَّة.

والثَّاني: تنعقد إذا التزمها ونواها، وبه أفتى أبو القاسم الخرقيُّ فيما حكاه عنه ابن بطَّة.

قال أبو القاسم: (وكان أبي يتوقَّف فيها ولا يجيب بشيء).

والثَّالث: ينعقد فيما عدا اليمين بالله بشرط النِّيَّة؛ بناء على أنَّ اليمين بالله لا تصحُّ بالكناية.

وفيه وجه رابع، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه»: أنَّه يلزمه موجَبُها، نواها أو لم ينوها، وصرَّح به في بعض «تعاليقه»، وقال: لأنَّ

---

(١) جاء في مسائل عبد الله (٣٩٥): (قال أبي: وكذلك أقول؛ إن كان يفهم الفارسية عتقت، وإن كان لا يفهم لم تعتق؛ لأنه لا يدري).

مِن[١] أصلنا وقوعَ الطَّلاق والعتاق بالكتابة[٢] بالخطِّ وإن لم ينوه.

ومنها: لو قال: أيمان المسلمين تلزمني؛ ففي «الخلاف» للقاضي: يلزمه اليمين بالله والطَّلاق والعتاق والظِّهار والنَّذر، نوى ذلك أو لم ينوه، وهو مفرَّع على قوله في أيمان البيعة.

قال الشَّيخ مجد الدِّين: (وذِكْرُه اليمين بالله والنَّذر مبني على قولنا بعدم تداخل كفَّارتهما، فأمَّا على قولنا بالتَّداخل؛ فيجزئه لهما كفَّارة يمين).

وقياس المشهور عن أصحابنا في يمين البيعة: أنَّه لا يلزمه شيء حتَّى ينويه بالكلية[٣] ويلتزمه، أو لا يلزمه شيء بالكليَّة حتَّى يعلمه، أو يفرِّق بين اليمين بالله وغيرها، مع أنَّ صاحب «المحرَّر» لم يحك خلافًا في اللُّزوم ههنا، وإن لم ينوها؛ لأنَّ أيمان المسلمين معروفة بينهم، لا سيَّما اليمين بالله وبالطَّلاق والعتاق، بخلاف أيمان البيعة.

ومنها: البراءة من المجهول:

وأشهر الرِّوايات: صحَّتها مطلقًا، سواء جهل المبرِئ قدره أو وصفه، أو جهلهما معًا، وسواء عرفه المبرَأ أو لم يعرفه.

والثَّانية: لا يصحُّ إذا عرفه المبرَأ، سواء علم[٤] المبرِئ بمعرفته أو لم يعلم.

---

(١) في (أ): متى.
(٢) في (ب) وباقي النسخ: بالكناية.
(٣) قوله: (بالكليَّة) زيادة من (ب).
(٤) في (أ) و(و): عرف.

وفيه تخريج آخر[١]: أنَّه إن علم بمعرفته به[٢]؛ صحَّ، وإن ظنَّ جهله به؛ لم يصحَّ؛ لأنَّه غارٌّ له.

والثَّالثة: لا تصحُّ البراءة من المجهول وإن جهلاه، إلَّا فيما تعذَّر علمه للضَّرورة.

وكذلك البراءة من الحقوق في الأعراض والمظالم.

ومنها: البراءة من[٣] عيوب المبيع إذا لم يُعيَّن منها شيء، وفيه روايتان:

أشهرهما: أنَّه لا يبرأ.

والثَّانية: يبرأ إلَّا من عيب علمه، فكتمه؛ لتغريره وغشِّه.

وخرَّج أبو الخطَّاب وجهًا آخر بالصِّحَّة مطلقًا، من البراءة من المجهول.

ومنها: إجازة الوصيَّة المجهولة، وفي صحَّتها وجهان.

(١) قوله: (آخر) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن).
(٢) في (أ): فيه.
(٣) في (أ): عن.

قاعدة [١٠٥]

في إضافة الإنشاءات والإخبارات إلى المبهمات.

أمَّا الإنشاءات؛ فمنها العقود، وهي أنواع:

أحدها: عقود التَّمليكات المحضة؛ كالبيع، والصُّلح بمعناه، وعقود التَّوثُّقات؛ كالرَّهن والكفالة، والتَّبرُّعات اللَّازمة بالعقد أو بالقبض بعده؛ كالهبة والصَّدقة.

فلا تصحُّ(١) في مبهم من أعيان متفاوتة؛ كعبد من عبيد، وشاة من قطيع، وكفالة أحد هذين الرجلين، وضمان أحد هذين الدَّينين، وفي الكفالة احتمال؛ لأنَّه تبرُّع ؛ فهو كالإباحة والإعارة.

وتصحُّ في مبهم من أعيان متساوية مختلطة؛ كقفيز من صبرة، ورطل من زبرة.

فإن كانت[١] متميِّزة متفرِّقة؛ ففيه احتمالان ذكرهما في «التلخيص»، وظاهر كلام القاضي الصِّحَّة؛ فإنَّه ذكر في «الخلاف» أنَّه يصحُّ إجارة

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: الأعيان الَّتي تقع عليها هذه العقود).

---

(١) في (ب) و(د): يصحُّ.

عين من أعيان متقاربة النَّفع[١]؛ لأنَّ المنافع لا تتفاوت كالأعيان.

وإن كانت مختلفة من جنس واحد؛ كصبرةٍ مختلفةِ الأجزاء؛ فوجهان:

أحدهما: البطلان؛ كالأعيان المتميِّزة.

والثَّاني: الصِّحَّة، وله من كلٍّ نوع بحصَّته.

والثَّاني: عقود معاوضات غير متمحِّضة؛ كالصَّداق، وعوض الخلع، والصُّلح عن دم العمد؛ ففي صحَّتها على مبهم من أعيان مختلفة وجهان، أصحُّهما: الصِّحَّة.

وفي الكتابة طريقان:

أحدهما: أنَّها كذلك، وهي طريقة القاضي.

والثَّاني: لا يصحُّ وجهًا واحدًا؛ لأنَّ عوضها مال محض.

والثَّالث: عقد تبرُّعٍ معلَّقٌ بالموت؛ فيصحُّ في المبهم بغير خلاف؛ لما دخله من التَّوسُّع؛ كعبد من عبيده وشاة من قطيعه.

وهل تُعيَّن بتعيين الورثة أو بالقرعة؟ على روايتين.

ومثله: عقود الإباحات؛ كإعارة أحد هذين الثَّوبين، وإباحة أحد هذين الرَّغيفين.

وكذلك عقود المشاركات والأمانات المحضة، مثل أن يقول: ضارب بإحدى هاتين المائتين - وهما في كيسين - ودع الأخرى عندك

[١] كتب على هامش (ن): (نحو: دابَّة من دواب، وبيت من بيوت، متقاربة النَّفع).

وديعة، أو ضارب من هذه المائة بخمسين؛ فإنَّه يصحُّ؛ للتَّماثل، ذكره صاحب «التَّلخيص».

وأمَّا[(١)] إن كان الإبهام في المتملِّك[(٢)]:

فإن كان على وجه يؤول إلى العلم؛ كقوله: أعطوا أحد هذين كذا؛ صحَّت الوصيَّة، كما لو قال في الجعالة: من ردَّ عبدي فله كذا.

وإن كان على وجه لا يؤول إلى العلم؛ كالوصيَّة لأحد هذين؛ ففيه روايتان، وعلى الصِّحَّة يُميَّز بالقرعة.

ومنها الفسوخ؛ فما وضع منها على التَّغليب والسِّراية؛ صحَّ في المبهم؛ كالطَّلاق والعتاق.

وخرَّج صاحب «التَّلخيص» وجهًا في الوقف: أنَّه كالعتق؛ لما فيه من التَّحرير.

والمذهب خلافه؛ لأنَّ الوقف عقد تمليك؛ فهو بالهبة أشبه.

وأمَّا الإخبارات:

فما كان منها خبرًا دينيًّا، أو كان يجب به حقٌّ على المخبِرِ؛ قُبل في المبهم.

وإن تعلَّق به وجوب حقٍّ له على غيره؛ لم يقبل إلَّا فيما يظهر فيه عذر الاشتباه؛ ففيه خلاف.

وإن تعلَّق به وجوب الحقِّ على غيره لغيره؛ فحكمه حكم إخبار من

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): فأمَّا.
(٢) في (ب) و(هـ): المملِّك.

وجب عليه الحقُّ.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: لو أخبره أن كلبًا ولغ في أحد هذين الإنائين لا بعينه؛ قُبِل، وصار كمن اشتبه عليه طاهر بنجس.

وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثَّوبين، أو أنَّ أحد هذين اللَّحمين ميتة والآخر مذكَّاة، ونحو ذلك.

ومنها: الإقرار؛ فيصحُّ بالمبهم، ويلزم بتعيينه، مثل أن يقول: أحد هذين ملك لفلان، أو له عندي درهم أو دينار[١].

ويصحُّ للمبهم؛ كما لو أقرَّ أنَّه أعتق أحد هذين العبدين، أو أعتقه موروثه.

وكذلك إذا أقرَّ أنَّه زوَّج إحدى بناته من رجل ولم يسمِّها، ثمَّ مات؛ فإنَّها تُميَّز بالقرعة على المنصوص.

وكذا لو أقرَّ أنَّ هذه العين الَّتي في يده لأحد هذين وديعة ولا أعلمه عينًا؛ فإنَّهما يقترعان عليها، نصَّ عليه.

وكذا لو أقرَّ أنَّه باع هذه العين من أحد هذين، وهما يدَّعيانها؛ فإنَّهما يقترعان عليها، ولو كانت في يد أحدهما، نصَّ عليه في رواية ابن منصور في رجلين ادَّعى كلٌّ منهما أنَّه اشترى من رجل ثوبًا، وقال أحدهما: اشتريته بمائة، وقال الآخر: بمائتين، وأقرَّ البائع أنَّه باعه بمائتين ولم يعيِّن؛ فإنَّه يقرع بينهما وإن أقاما بينتين وكان الثَّوب في يد

[١] كتب على هامش (ن): (أي: وفي البلد نقود لم يغلب أحدها).

أحدهما(١)، وهو اختيار أبي بكر، ولا اعتبار بهذه اليد للعلم بمستندها.

وعنه رواية أخرى ثانية: أنَّها يد معتبرة؛ فتكون العين لصاحبها.

ومع تعارض البيِّنتين يخرَّج على الخلاف في بيِّنة الدَّاخل والخارج.

ومنها: الدَّعوى بالمبهم؛ فإن كانت بما(٢) يصحُّ وقوع العقد عليه مبهمًا؛ كالوصيَّة والعبد المطلق في المهر ونحوه؛ فإنَّها تصحُّ.

وقال(٣) في «التَّرغيب»: وألحق أصحابنا الإقرار بذلك، قال: والصَّحيح عندي أنَّ دعوى الإقرار بالمعلوم لا تصحُّ[١]؛ لأنَّه ليس بالحقِّ ولا مُوجَبِهِ؛ فكيف بالمجهول؟!

وأمَّا الدَّعوى على المبهم؛ فلا تصحُّ، ولا تسمع، ولا يثبت بها قسامة ولا غيرها، فلو قال: قَتَل أبي أحدُ هؤلاء الخمسة؛ لم يسمع.

قال في «التَّرغيب»: ويحتمل أن تُسمع للحاجة؛ فإنَّ مثله يقع كثيرًا،

---

[١] كتب على هامش (ن): (لأن الإقرار هو لفظ المقرِّ، وليس نفس الحقِّ، ولا موجَبَ الحق الَّذي به وجب الحقُّ، كالبيع مثلًا، فإنَّ الإقرار كاشف لحقٍّ سابق، فلا يصحُّ أن يقال: أدَّعي عليه أنه أقرَّ لي بكذا، إنَّما يقول: أدَّعي عليه بكذا بشرط كونه يعلم حقيَّة ما ادَّعاه، لا لكون المدَّعى عليه أقرَّ به، فإنَّ الإنسان قد يقرُّ بما ليس بحقٍّ).

---

(١) مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٣٤).

(٢) في (أ) و(د): مما.

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): قال.

ويحلف كلٌّ واحد منهم، قال: وكذلك يجري في دعوى الغصب والإتلاف والسَّرقة، ولا يجري في الإقرار والبيع إذا قال: نسيت؛ لأنَّه مقصِّر.

ومنها: الشَّهادة بالمبهم؛ فإن كان المشهود به يصحُّ مبهمًا؛ صحَّت الشَّهادة به؛ كالعتق والطَّلاق والإقرار والوصيَّة، وإلَّا لم يصحَّ(١)، لا سيَّما الشَّهادة الَّتي لا تصحُّ بدون دعوى؛ فإنَّها تابعة للدَّعوى في الحكم.

أمَّا إن شهدت البيِّنة أنَّه أعتق، أو طلَّق، أو أبطل وصيَّة معيَّنة، وادَّعت نسيان عينها؛ ففي القبول وجهان، حكاهما في «المحرَّر».

وجزم ابن أبي موسى بقبول الشَّهادة بالرُّجوع عن إحدى الوصيَّتين مطلقًا.

وكذلك حُكي عن أبي بكر.

ونقل ابن منصور عن أحمد في شاهدين شهدا على رجل أنَّه أخذ من يتيم ألفًا، وشهد آخران على آخر أنَّه هو الَّذي أخذها: يأخذ الوليُّ بأيِّهما شاء.

ولعلَّ المراد: أنَّه إذا صدَّق إحدى البيِّنتين؛ حكم له بها.

---

(١) في (ب): تصحُّ.

فصل

ولو تعلَّق الإنشاء باسم لا يتميَّز به مسمَّاه لوقوع الشَّركة فيه:

فإن لم ينو به في الباطن معيَّنًا؛ فهو كالتَّصريح بالإبهام.

وإن نوى به معيَّنًا؛ فإن كان العقد ممَّا لا يشترط له الشَّهادة؛ صحَّ، وإلَّا ففيه خلاف.

والإخبار تابع للإنشاء في ذلك.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: ورود عقد النِّكاح على اسم لا يتميَّز مسمَّاه؛ لا يصحُّ، فلو قال: زوَّجتك بنتي وله بنات؛ لم يصحَّ[١].

وأمَّا إن عيَّنا في الباطن واحدة، وعقدا العقد عليها باسم غير مميِّز، نحو أن يقول: بنتي، وله بنات، أو يسمِّيها باسم، وينويا في الباطن غير مسمَّاه[٢]؛ ففي الصِّحة وجهان:

اختار القاضي: الصِّحَّة في موضع(١).

[١] كتب على هامش (ن): (وكذا لو قال له: زوَّجتك فاطمة، ولم يقل: بنتي؛ لم يصحَّ؛ لكثرة الفواطم، بخلاف الطَّلاق؛ فلو قال: هند طالق؛ طلقت، ولم يتبعه بقوله زوجتي، فما الفرق؟ قاله عبد الله بن هشام).

[٢] كتب على هامش (ن): (يجوز أن يكون له بنتان أحدهما زينب، والأخرى خديجة فيسمِّيها خديجة، وينويان زينب لمعنى اقتضى ذلك).

(١) قوله: (الصِّحَّة في موضع) هو في (ب) وباقي النسخ: في موضع الصَّحِّة.

وأبو الخطَّاب، والقاضي في موضع آخر(١): البطلان.

ومأخذه: أنَّ النِّكاح يشترط له الشَّهادة، ويتعذَّر الإشهاد على النِّيَّة.

وعن أبي حفص العكبريِّ: إن كانت المسمَّاة غلطًا لا يحلُّ نكاحها؛ لكونها مزوَّجة، أو غير ذلك[١]؛ صحَّ النِّكاح، وإلَّا فلا.

ولو وقع مثل هذا في غير النِّكاح ممَّا لا يشترط له الشَّهادة؛ فإن قلنا في النِّكاح: يصحُّ؛ ففي غيره أولى، وإن قلنا في النِّكاح: لا يصحُّ؛ فمقتضى تعليل من علَّل باشتراط الشَّهادة أن يصحَّ في غيره ممَّا لا يعتبر الإشهاد عليه لصحَّته.

ومنها: الوصيَّة لجاره محمَّد، وله جاران بهذا الاسم؛ وله حالتان:

إحداهما: أن يعلم بقرينة أو غيرها أنَّه أراد واحدًا منهما معيَّنًا، وأشكل علينا معرفته؛ فههنا تصحُّ الوصيَّة بغير تردُّد، ويخرج المستحِقُّ منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحقِّ للمال بغيره، من الزَّوجة المطلَّقة والسِّلعة المبيعة وغيرهما.

والحالة الثَّانية: أن يُطْلِق، وقد يذهل عن تعيين أحدهما بعينه؛ فهو كالوصيَّة لأحدهما مبهمًا، ولذلك حكى الأصحاب في الصِّحَّة روايتين.

ولكنَّ المنصوص عن أحمد الصِّحَّة، قال صالح: سألت أبي عن رجل مات وله ثلاثة غلمان، ثلاثتهم اسمهم فرج، فأوصى عند موته،

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: غير مزوَّجة).

---

(١) قوله: (والقاضي في موضع آخر) مكانها في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): وغيره.

فقال: فرج حرٌّ، وفرج له مائة، وفرج ليس له شيء. فقال[(١)]: يقرع بينهم، فمن أصابته القرعة؛ فهو حرٌّ، وأمَّا صاحب المائة؛ فلا شيء له، وذلك أنَّه عبد، والعبد هو وماله لسيِّده.

وهذا يدلُّ على صحَّة الوصيَّة مع اشتراك الاسم؛ لأنَّه إنَّما علَّل البطلان ههنا بكونه عبدًا؛ فدلَّ على أنَّه لو كان حرًّا لاستحقَّ.

وزعم صاحب «المغني» أنَّ رواية صالح تدلُّ على بطلان الوصيَّة، وخالفه صاحب «المحرَّر».

ونقل حنبل: قال أبو عبد الله في رجل له غلامان اسمهما واحد، فأوصى عند موته، فقال: فلان حرٌّ بعد موتي، لأحد الغلامين، وله مائتا درهم، وفلان ليس هو حرٌّ، واسمهما واحد؛ قال: يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة؛ فهو حرٌّ، وأمَّا صاحب المائتين؛ فليس له شيء، وذلك أنَّه عبد، والعبد وماله لسيِّده[(٢)].

وهذه تدلُّ على مثل ما دلَّت عليه رواية صالح، لكنَّ السُّؤال يقتضي أن الموصى له بالمائتين هو العتيق، والجواب يدلُّ على خلافه.

ومن ثمَّ زعم صاحب «المحرَّر»[١] أنَّها تدلُّ على بطلان الوصيَّة

[١] كتب في هامش (هـ): (لعلَّه المغني)، وقد قال في المغني (٦/ ٢٢٥) بعد ذكر الرواية: (ووجه ذلك والله أعلم: أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين، ولا تصح الوصية إلا لمعين).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): قال.

(٢) ينظر المغني (٦/ ٢٢٥).

للإبهام. وليس كذلك؛ لأنَّه إنَّما علَّل بكونه عبدًا لم يعتق.

وتأوَّلها القاضي وابن عقيل على أنَّ الوصيَّة لم تصحَّ؛ لكونه عبدًا حال الإيصاء، ولا تكفي حريَّته حال الاستحقاق، وعلى هذا فلا تصحُّ الوصيَّة لأمِّ الولد والمدبَّر.

وهو ضعيف جدًّا، وجواب أحمد إنَّما يتنزَّل على أنَّ الموصى له بالدَّراهم غير المعتَق.

ونقل يعقوب بن بختان: أنَّ أبا عبد الله سئل عن رجل له ثلاثة غلمان، اسم كلِّ واحد منهم فرج؛ فقال: فرج حرٌّ، ولفرج مائة درهم، فقال: يقرع بينهم، فمن خرج سهمه؛ فهو حرٌّ، والَّذي أوصى له بالمائة لا شيء له؛ لأنَّ هذا ميراث.

وهذه الرِّواية من جنس ما قبلها، حيث عَلَّل فيها بطلان الوصيَّة بكون العبد الموصى له ميراثًا للورثة.

فهذه الرِّوايات الثلاثة[١] الَّتي ساقها الخلَّال في «الجامع»، وكلُّها دالَّة على الصِّحَّة، وهو قول القاضي.

وساقها أبو بكر في «الشَّافي» على أنَّ الموصى له بالدَّراهم هو المعتق، وأنَّ أحمد صحَّح الوصيَّة له في رواية صالح، وأبطلها في رواية حنبل، قال أبو بكر: وبالصِّحَّة أقول.

وفي «الخلَّال» أيضًا عن مهنَّى: أنَّ أحمد قال في رجلين شهدا على رجل أنَّه أوصى عند موته، فقال: لفلان بن فلان من أصحاب فلان

(١) في (أ) و(د) و(و): التامة.

ألف درهم، أو أحاله بها والشُّهود لا يعرفون فلان بن فلان، كيف يصنعون وقد مات الرجل؟ فقال: ينظرون في أصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من أصحاب فلان، قلت: فإن جاء رجلان، فقال كلُّ واحد منهما: أنا فلان بن فلان من أصحاب فلان؛ قال: فلا يدفع إليهم شيء، حتَّى يكون رجل واحد.

والظَّاهر أنَّ أحمد لم يتوقَّف في الدَّفع إلَّا ليتيقن المستحقَّ من غيره، لا لصحَّة الوصيَّة؛ فإنهَّا ههنا لمعيَّن في نفس الأمر، وإنمَّا اشتبه علينا لاشتراك الاسمين؛ فلذلك وقف الدَّفع على معرفة عين المستحقِّ إذا رُجي انكشافُ الحال، وأمَّا مع الإياس من ذلك؛ فيتعيَّن تعيين المستحقِّ بالقرعة، قاله بعض أصحابنا المتقدِّمين، وهو الحقُّ.

ومنها: اشتباه المدَّعى عليه إذا كتب القاضي إلى قاضٍ ببلد آخر: إنَّ لفلان على فلان بن فلان المسمَّى الموصوف كذا، فأحضره المكتوب إليه بالصِّفة والنَّسب، فادَّعى أنَّ له مشاركًا في ذلك، ولم يثبت؛ حَكَم عليه.

وإن ثبت له مشارك في الاسم والنَّسب والصِّفة؛ وقف حتَّى يُعلم الخصم منهما، ولم يجز القضاء مع عدم العلم.

أمَّا لو كان المدَّعى المكتوب فيه حيوانًا أو عبدًا موصوفًا، ولم يثبت له مشارك؛ ففيه وجهان:

أشهرهما: أنَّه يسلَّم إلى المدَّعي مختوم العنق، ويؤخذ منه كفيل حتَّى يأتي القاضي الكاتب فيشهد الشُّهود على عينه، ويقضى له به،

ومتَّى لم يشهدوا على عينه؛ وجب ردُّه إلى الحاكم الَّذي سلَّمه، ويكون في ضمان الَّذي أخذه؛ لأنَّه أخذه بغير استحقاق.

والوجه الثَّاني: لا يسلَّم إلَّا بالشَّهادة على عينه.

والفرق بينها وبين الَّتي قبلها: أنَّ الحرَّ قد طابق قول المدَّعى اسمه ونسبه وصفته، فيبعد الاشتراك في ذلك، والعبد والحيوان إنَّما حصل الاتِّفاق في وصفه أو في وصفه واسمه، والوصف كثير الاشتباه وكذلك الاسم.

ونظير هذا ما ذكروه في شهادة الأعمى أنَّه إن عرف المشهود عليه باسمه ونسبه؛ قبلت شهادته، وإن عرفه برؤية قَبْل عمَاه فوصفه؛ ففي قبولها وجهان؛ لأنَّ الوصف المجرَّد يحصل فيه الاشتراك.

ومنها: لو كان له ابنتان اسمهما واحد، فوهب لإحداهما شيئًا، أو أقرَّ لها، ثمَّ مات ولم يبيِّن، فقال القاضي في بعض تعاليقه: قياس المذهب: إخراج المستحقَّة منهما بالقرعة؛ كما لو أقرَّ أنَّه زوَّج إحدى بناته، ثمَّ مات ولم يبيِّن.

وهذا صحيح؛ لأنَّ الهبة والإقرار هنا وقع لمعيَّن في الباطن، وإنمَّا أشكل علينا الوقوف عليه، فيميَّز بالقرعة.

ومنها: لو وجد في كتاب وقف: أنَّ فلانًا(١) وقف على فلان وبني بنيه، واشتبه؛ هل المراد بني(٢) بنيه: جمع ابن، أو بني بنته؛ واحدة البنات؟

(١) في (ب) وباقي النسخ: رجلًا.

(٢) في (ب): بني.

قال ابن عقيل في «فنونه»: يكون بينهما عندنا؛ لتساويهما؛ كما في تعارض البيِّنات.

وقال[(١)] الشَّيخ تقيُّ الدِّين: ليس هذا من تعارض البيِّنات، بل هو بمنزلة تردُّد البيِّنة الواحدة، ولو كان من تعارض البيِّنات؛ فالقسمة عند التَّعارض رواية مرجوحة، وإلَّا فالصَّحيح: إمَّا التَّساقط وإمَّا القرعة، فيحتمل أن يقرع ههنا؛ لأنَّ الحقَّ ثبت لإحدى الجهتين، ولم تعلم عينها، ويحتمل أن يرجَّح بنو البنين؛ لأنَّ العادة أنَّ الإنسان إذا وقف على ولد بنته لا يخصُّ بنيها الذُّكور، بل يعمُّ أولادها، بخلاف الوقف على ولد الذُّكور فإنَّه يخصُّ ذكورهم كثيرًا كآبائهم، ولأنَّه لو أراد ولد البنت لسمَّاها باسمها أو لشرَّك بين ولدها وولد سائر بناته، قال: وهذا أقرب إلى الصَّواب.

وأفتى فيمن وقف على أحد أولاده، وله عدَّة أولاد، وجهل اسمه: أنَّه يميَّز بالقرعة.

(١) في (ب) وباقي النسخ: قال.

قاعدة [١٠٦]

ينزَّل المجهول منزلة المعدوم، وإن كان الأصل بقاءه، إذا يئس من الوقوف عليه أو شقَّ اعتباره.

وذلك في مسائل:

منها: الزَّائد على ما تجلسه المستحاضة من أقلِّ الحيض أو غالبه إلى منتهى أكثره حكمه حكم المعدوم، حيث حكمنا فيها للمرأة بأحكام الطَّاهرات كلِّها، فإنَّ مدَّة الاستحاضة تطول، ولا غاية لها تنتظر، بخلاف الزَّائد على الأقلِّ في حقِّ المبتدأة على ظاهر المذهب، حيث تقضي الصَّوم الواقع فيه قبل ثبوت العادة بالتَّكرار؛ لأنَّ أمره ينكشف بالتَّكرار عن قرب.

وكذلك النِّفاس المشكوك فيه؛ تقضي فيه الصَّوم؛ لأنَّه لا يتكرر.

ومنها: اللُّقطة بعد الحول؛ فإنَّها تتملَّك[١] لجهالة ربِّها، وما لا يتملَّك منها[٢] يتصدَّق به عنه على الصَّحيح[٣].

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: (تتملَّك) يشعر بأنَّه لا يملكها حتَّى يختار تملُّكها، والمذهب خلافه).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو ما سوى الأثمان، ولقطة الحرم على رواية فيهما).

[٣] كتب على هامش (ن): (شطب في النُّسخة المعتمدة على قوله: "على =

وكذلك الودائع والغصوب ونحوها.

ومنها: امرأة المفقود لغيبة ظاهرها الهلاك فيما بعد أربع سنين تباح للأزواج، وكذلك يقسم ماله بين الورثة؛ كالميِّت.

لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده، أو لا يثبت إلَّا من حين إباحة أزواجه وقسمة ماله؟ على وجهين.

ينبني عليهما: لو مات له في مدَّة انتظاره من يرثه؛ فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟

ونصَّ أحمد على أنَّه يزكَّى ماله بعد مدَّة انتظاره، معلِّلا بأنَّه مات وعليه زكاة، وهذا يدلُّ على أنَّه لا يحكم له[1] بأحكام الموتى إلَّا بعد المدَّة، وهو الأظهر.

ومنها: مال من لا يعلم له وارث؛ فإنَّه يوضع في بيت المال؛ كالضَّائع، مع أنَّه لا يخلو من بني عمٍّ أعلى؛ إذ النَّاس كلُّهم بنو آدم، فمن كان أسبق إلى الاجتماع مع الميِّت في أب من آبائه؛ فهو عصبته، ولكنَّه مجهول فلم يثبت له حكم، وجاز صرف ماله في المصالح.

= الصَّحيح" وما بعده، إلى قوله: "ومنها مال من لا يعلم له وارث"، وصورة المشطوب منها بعد قوله: «ونحوها، ومنها امرأة المفقود لغيبة ظاهرها الهلاك فيما بعد أربع سنين»، وذكر نحو خمسة أسطر كلامًا تامًا كما في هذه النُّسخة، لكنَّه رجع عنه، وتعرَّض لذكر هذا النَّوع في القاعدة الثامنة والخمسين بعد المائة).

(١) قوله: (له) سقط من (أ).

وكذلك لو كان له مولىً معتِق؛ لورثه في هذه الحال، ولم يلتفت إلى هذا المجهول.

ولنا رواية أخرى: أنَّه ينتقل إلى بيت المال إرثًا لهذا المعنى، فإن أريد أنَّ اشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالإرث للكلِّ؛ فهو مخالف لقواعد المذهب، وإن أريد أنَّه إرث في الباطن لمعيَّن؛ فيحفظ ميراثه في بيت المال، ثمَّ يصرف في المصالح للجهل بمستحقِّه عينًا، فهو والأوَّل بمعنًى واحد.

وينبني على ذلك مسألة اقتصاص الإمام ممن قتل من لا وارث له، وفي المسألة وجهان:

منهم من بناهما على أنَّ بيت المال هل هو وارث أو لا؟

ومنهم من قال: لا ينبني على ذلك، ثمَّ لهم طريقان:

أحدهما: أنَّه لا يقتصُّ ولو قلنا بأنَّه وارث؛ لأنَّ في المسلمين الصَّبيَّ والمجنون والغائب، وهي طريقة أبي الخطاب.

والثَّاني: يجوز الاقتصاص وإن قلنا: ليس بوارث؛ لأنَّ ولاية الإمام ونظره في المصالح قائم مقام الوارث، وهو مأخذ ابن الزَّاغوني.

ومنها: إذا اشتبهت أخته بنساء أهل مصر؛ جاز له الإقدام على النِّكاح من نسائه، ولا يحتاج إلى التَّحرِّي في ذلك على أصحِّ الوجهين.

وكذلك لو اشتبهت ميتة بلحم أهل مصر أو قرية، أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك[١]؛ إلَّا أن يكثر الحرام ويغلب؛ فتخرَّج

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومن ذلك: اشتباه إناء نجس بآنية أهل قرية، أو =

المسألة على تعارض الأصل والظَّاهر؛ كثياب الكفَّار وأوانيهم.

ومنها: طين الشَّوارع محكوم بطهارته على الصَّحيح المنصوص.

ومنها: إذا طلَّق واحدة من نسائه وأنسيها؛ فإنَّها تميَّز بالقرعة، ويحلُّ له وطء البواقي على المذهب الصَّحيح المشهور.

وكذلك لو أعتق واحدة من إمائه.

ومنها: إذا أحرم بنسك وأنسيه، ثمَّ عيَّنه بقران؛ فإنه يجزئه عن الحجِّ.

وهل يجزئه عن العمرة؟ على وجهين:

أشهرهما عند المتأخِّرين: لا يجزئه؛ لجواز أن يكون أحرم بحجٍّ أوَّلًا ثمَّ أدخل عليه العمرة بنيَّة القران؛ فلا تصحُّ عمرته.

والثَّاني: يجزئه؛ لأنَّه إنَّما يمنع من إدخال العمرة على الحجِّ مع العلم، فأمَّا مع عدمه؛ فلا؛ تنزيلًا للمجهول كالمعدوم؛ فكأنَّه ابتدأ الإحرام بهما من حين التعيين.

= بأوان كثيرة طاهرة، فإنَّ كلام المصنِّف يشمله، وأطلق الأصحاب حكم ذلك، وتعليلهم يدلُّ على أنَّ مرادهم بكثرة المياه الطَّاهر والثِّياب الطَّاهرة ما لم تبلغ كثرتها إلى حدٍّ يشقُّ اعتباره، كما صرَّحوا به في الثِّياب على قول ابن عقيل في محلِّ الخلاف، وهو الكثرة الَّتي لا يشقُّ معها تكرار الصَّلاة، فأمَّا إذا كانت الكثرة يشقُّ معها ذلك؛ ألحقت المسألة بهذه القاعدة بطريق الأولى، بل لا يتوجَّه فيه خلاف حينئذٍ).

قاعدة [١٠٧]

تمليك المعدوم والإباحة له نوعان:

أحدهما: أن يكون بطريق الأصالة؛ فالمشهور: أنَّه لا يصحُّ.

والثَّاني: أن يكون بطريق التَّبعية؛ فيصحُّ في الوقف والإجازة.

وهذا إذا صرَّح بدخول المعدوم، فأمَّا إن لم يصرِّح، وكان المحلُّ لا يستلزم المعدوم؛ ففي دخوله خلاف.

وكذا لو انتقل الوقف إلى قوم فحَدَث من يشاركهم.

ويتخرَّج على هذه القاعدة مسائل:

منها: الإجازة لفلان ولمن يولد له، فإنَّه يصحُّ، وفعل ذلك أبو بكر بن أبي داود، وهو من أعيان أصحابنا[1]، أجاز لشخص ولولده ولحبل الحبلة.

ومنها: الإجازة لمن يولد لفلان ابتداء، فأفتى القاضي فيها بالصِّحَّة، نقله عنه أبو بكر الخطيب.

---

(١) هو عبد الله بن سليمان بن الأشعث بن إسحاق، أبو بكر بن أبي داود السجستاني، رحل به والده من سجستان فطوَّف به شرقًا وغربًا، وأسمعه من علماء ذلك الوقت، سمع منه: أبو بكر الشافعي، والدارقطني، وأبو حفص بن شاهين، وأبو عبد الله بن بطة وغيرهم، توفي سنة (٣١٦هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ٥١.

وقياس قوله في الوقف: عدم الصِّحَّة.

ومنها: الوقف على من يولد له[١]؛ فصرَّح القاضي في «خلافه» بأنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّه وقف على من لا يملك في الحال، واقتصر عليه؛ فلم يصحَّ؛ كالوقف على العبد.

وقال أحمد في رواية صالح: الوقف يكون: أن يوقفه على ولده، أو من يكون من أقاربه، فإذا انقرضوا؛ فهو صدقة على المساكين أو من رأى(١).

قال الشَّيخ مجدُ الدِّين: (ظاهره يعطي صحَّة الوقف ابتداء على من يولد له، أو يوجد من أقاربه، وهذا عندي وقف معلَّق بشرط) انتهى.

ويمكن أن يحمل على أنَّ مراده من يكون موجودًا من أقاربه، فتكون (كان) ناقصة، وخبرها محذوفًا.

ومنها: لو وقف على ولده وولد ولده أبدًا، أو ومن يولد له؛ فيصحُّ

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال في «التَّلخيص»: ولو قال: أوقفت على من سيولد لي؛ فهو منقطع الأوَّل، وحكمه حكم منقطع الآخر، كما سبق، والَّذي سبق قوله: ولو وقف على جهة ينقطع آخرها، كما إذا وقف على قوم بعينهم، ولم يذكر المصرف بعدهم؛ فإنَّه يصحُّ؛ وإذا انقرضوا لم ينقطع الوقف على مقتضاه، ثمَّ ذكر الخلاف فيمن يُصرف إليه).

---

(١) جاء في الوقوف والترجل (ص ٢٨): (أخبرني محمد بن علي، حدثنا صالح أنه قال لأبيه: الوقف كيف يكون؟ قال: يكون أن يوقفه على ولده أو من رأى من أقاربه، فإذا انقرضوا فهو صدقة للمساكين).

بغير إشكال، نصَّ عليه[١].

ومنها: لو وقف على ولده، وله أولاد موجودون، ثمَّ حدث له ولد آخر؛ ففي دخوله روايتان.

وظاهر كلام أحمد دخوله في المولود قبل تأبير النَّخل، وقد سبق، وهو قول ابن أبي موسى أيضًا، وظاهر كلام القاضي وابن عقيل، وأفتى به ابن الزَّاغونيِّ.

ومنها: لو وقف على ولده، ثمَّ على ولدهم أبدًا، على أنَّ من مات عن ولد فنصيبه لولده، ومن مات عن غير ولد؛ فنصيبه لمن في درجته، فكان في درجته عند موته اثنان مثلًا، فتناولا نصيبه، ثمَّ حدث ثالث؛ فهل يشاركهم؟

يُخرَّج فيه وجهان من الَّتي قبلها، والدُّخول هنا أولى، وبه أفتى ابن أبي عمر المقدسيُّ؛ لأنَّ الوقف على الأولاد قد يلحظ فيهم أعيان الموجودين عند الوقف، بخلاف الدَّرجة والطَّبقة؛ فإنَّه لا يلحظ فيه إلَّا مطلق الجهة.

وعلى هذا؛ لو حدث من هو أعلى من الموجودين، وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى؛ فإنَّه ينتزعه[٢] منهم.

فأمَّا حكم الوصيَّة؛ فإنَّها لا تصحُّ لمعدوم بالأصالة؛ كمن تحمل هذه الجارية، صرَّح به القاضي وابن عقيل.

وفي دخول المتجدِّد بعد الوصيَّة وقبل موت الموصي روايتان.

---

(١) الوقوف والترجل (ص ٢٨).

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): ينزعه.

وذكر القاضي أيضًا فيمن وصَّى لمواليه، وله مدبَّرون وأمَّهات أولاد؛ أنَّهم يدخلون، وعلَّل بأنَّهم مَوالٍ حال الموت، والوصيَّة تعتبر بحال الموت.

وخرَّجه الشَّيخ تقيُّ الدِّين على الخلاف في المتجدِّد بين الوصيَّة والموت، قال: بل هذا متجدِّد بعد الموت فمنعه أولى.

وهذا الَّذي قاله متوجِّه(١) إن علَّقنا(٢) الوصيَّة بصدق الاسم، فأمَّا إن كان قصد الموصي الوصيَّة لأعيان رقيقه، فسمَّاهم باسم يحدث لهم؛ فإنَّهم يستحقُّون الوصيَّة بغير توقُّف.

وأفتى[١] أيضًا بدخول المعدوم في الوصيَّة تبعًا؛ كمن وصَّى بغلَّة ثمره للفقراء إلى أن يحدث لولده ولد فيكون له، وهو قريب من تعليق الوصيَّة بشرط آخر(٣) بعد الموت.

والمنصوص عن أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسَّان(٤) فيمن أوصى أن يتصدَّق في سكَّة فلان بكذا وكذا، فسكنها قوم بعد موت الموصي، قال: إنَّما كانت الوصيَّة للَّذين كانوا، ثمَّ قال: ما أدري

---

[١] كتب في هامش (ن): (يعني الشيخ تقي الدين).

---

(١) في (ب): يتوجَّه.
(٢) في (ب): علَّلنا.
(٣) زيد في (ن): كان الشرط الأول عدم الولد والثاني وجوده.
(٤) هو أحمد بن الحسين بن حسان، من أهل سر من ري، صحب الإمام أحمد وروى عنه أشياء. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٣٩.

كيف هذا؟ قيل: فيشبه هذا الكُورة[١]؟ قال: لا، الكُورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى، ينزل قوم ويخرج قوم، يقسم بينهم.

ففرَّق بين الكُورة والسِّكَّة؛ لأنَّ الكُورة لا يلحظ الموصي فيها قومًا معيَّنين؛ لعدم انحصار أهلها، وإنَّما المراد تفريق الوصيَّة الموصى[٢] بها، فيستحقُّ المتجدِّد فيها، بخلاف السِّكَّة، فإنَّه قد يلحظ أعيان سكَّانها الموجودين لحصرهم.

ويفارق الوقف في ذلك الوصيَّة؛ لأنَّ الوقف تحبيس وتسبيل يتناول المتجدِّد من الطِّباق، فكذا من الطَّبقة الواحدة، بخلاف الوصيَّة فإنَّها تمليك، فيستدعي موجودًا في الحال.

---

(١) الكورة: المدينة والصقع، والجمع: كور. ينظر: الصحاح (٢/ ٨١٠)، لسان العرب (٥/ ١٥٦).

(٢) قوله: (الموصى) سقط من (أ) و(د) و(و) و(ن).

قاعدة [١٠٨]

ما جُهل وقوعه مترتِّبًا أو متقارنًا؛ هل[١] يحكم عليه بالتَّقارن أو بالتَّعاقب؟

فيه خلاف، والمذهب: الحكم بالتَّعاقب؛ لبُعْد[٢] التَّقارن.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المتوارثون إذا ماتوا جملة بهدم أو غرق أو طاعون، وجهل تقارن موتهما وتعاقبه؛ حكمنا بتعاقبه على المذهب المشهور، وورَّثنا كلَّ واحد منهما من الآخر من تلاد ماله، دون ما ورثه من صاحبه.

وخرَّج أبو الخطَّاب رواية أخرى: بعدم التَّوارث؛ للشَّكِّ في شرطه.

وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجهل عينه، أو علم عينه ثمَّ نسي على المذهب، لكن هذا يستند إلى أنَّ يقين الحياة لا تشترط للتَّوريث.

ومنها: إذا أقيم في المصر جُمعتان لغير حاجة، وشكَّ هل أحرم بهما معًا فيبطلان وتعاد الجمعة، أو أحرم بهما مترتِّبتين؛ فيصلِّي الظُّهر؟ على وجهين:

(١) في (ب) و(د) و(هـ): فهل.

(٢) في (ب): لتعذُّر.

أصحُّهما: تعاد الظُّهر؛ لأنَّ التَّقارن مستبعد.

وعلى الثَّاني: تعاد الجمعة؛ إمَّا لاحتمال المقارنة، أو تنزيلًا للمجهول كالمعدوم.

ومنها: إذا زوَّج الوليَّان، وجهل هل وقع العقدان معًا؛ فيبطلان، أو مترتِّبين فيصحَّح أحدهما بالقرعة؟ ففيه وجهان أيضًا:

أحدهما: يبطلان؛ لاحتمال التَّقارن.

والثَّاني: لا؛ لاستبعاده[١].

ومنها: إذا أسلم الزَّوجان الكافران قبل الدُّخول، واختلفا هل أسلما معًا أو متعاقبين؛ فهل القول قول مدَّعي التَّقارن فلا ينفسخ النِّكاح، أو مدَّعي التَّعاقب؛ لأنَّ الظَّاهر معه؟ على وجهين، يرجعان إلى تعارض الأصل والظَّاهر.

ومنها: إذا كان في يد رجل عبد، فادَّعى رجلان كلٌّ منهما أنَّه باعه هذا العبد بألف، وأقاما بذلك بيِّنتين، ولم يؤرِّخا؛ فهل يصحُّ العقدان، ويلزمه الثَّمنان؛ لجواز أن يكونا في عقدين في وقتين(١) مختلفين، وجد استرجاع العبد بينهما، أو تتعارض البيِّنتان؛ لجواز أن يكونا عقدًا واحدًا، فيسقطان، والأصل براءة ذمَّته؟ على وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومن هذه القاعدة: ما إذا أذن كل واحد من شريكي العنان لشريكه في إخراج زكاته، فأخرجها وجهل هل وقع الإخراج معًا أو مترتِّبًا؟ فذكر في شرح «المحرَّر»: أنَّ حكم ذلك حكم ما إذا علم وقوعهما معًا، ولم أجد المسألة في كلام غيره، وهو متَّجه).

---

(١) قوله: (في وقتين) سقط من (أ)، وهو في (و): زمنين. وفي (ن): زمانين.

قاعدة [١٠٩]

المنع من واحد مبهم من أعيان، أو معيَّن مشتبه بأعيان يؤثر الاشتباه فيها المنع؛ يمنع التَّصرُّف في تلك الأعيان قبل تمييزه.

والمنع من الجمع يمنع التَّصرُّف في القدر الَّذي يحصل به الجمع خاصَّة، فإن حصل الجمع دفعة واحدة؛ منع من الجميع مع التَّساوي، فإن كان لواحد منها[(١)] مزيَّة على غيره؛ بأن يصحَّ وروده على غيره ولا عكس؛ اختصَّ الفساد به على الصَّحيح.

والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضي العموم.

وللأوَّل أمثلة:

منها: إذا طلَّق واحدة مبهمة؛ مُنع من وطء زوجاته حتَّى تُميَّز[(٢)] بالقرعة على الصَّحيح.

وحكى رواية أخرى: أنَّه يميِّزها بتعيينه.

ومنها: إذا أعتق أمة من إمائه مبهمة؛ مُنع من وطء واحدة منهنَّ حتَّى يُميِّز[(٣)] المعتَقة بالقرعة.

---

(١) في(أ) و(ن): منهما.

(٢) في (أ) و(د): يميَّز.

(٣) في (ب) (ج): تميَّز.

وفيه وجه بالتَّعيين.

ومنها: إذا اشتبهت المطلَّقة ثلاثًا بزوجاته؛ مُنع من وطء واحدة منهنَّ حتَّى يميِّز(١) المطلَّقة، وتميُّزها(٢) بالقرعة على ظاهر المذهب.

ومنها: لو اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنبيَّات؛ مُنع من التَّزوُّج بكلِّ واحدة منهنَّ حتَّى يعلم أخته من غيرها.

ومنها: إذا اشتبهت ميتة بمذكَّاة؛ فإنَّه يمنع من الأكل منهما حتَّى يعلم المذكَّاة.

ومنها: اشتباه الآنية النَّجسة بالطَّاهرة، يمنع من الطَّهارة بواحد منها حتَّى يتيقَّن عين الطَّاهر.

ومنها: لو حلف بالطَّلاق لا يأكل تمرة، فاختلطت في تمر(٣)؛ فإنَّه يمنع من أكل تمرة منه حتَّى يعلم عين التَّمرة، وإن كنَّا لا نحكم عليه بالحنث بأكل واحدة.

ومنها: لو حلف بطلاق زوجاته ألَّا يطأ واحدة منهنَّ، ونوى واحدة(٤) مبهمة؛ فإنَّه يمنع من الوطء حتَّى يميِّزها بالقرعة.

وقيل: بتعيينه.

ومنها: لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن، أو أسلم واحد منهم، ثمَّ تداعوه؛ حرم قتلهم بغير خلاف.

---

(١) في (ب) و(ن): تميَّز.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): تمييزها.

(٣) في (أ) و(د): ثمر.

(٤) قوله: (واحدة) سقط من (أ).

وفي استرقاقهم وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص: أنَّه يحرم مع التَّداعي[(١)].

والثَّاني: أنَّه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرقُّ الباقون، وهو قول أبي بكر والخرقيِّ، ورجَّحه ابن عقيل في روايتيه؛ إلحاقًا له باشتباه المعتَق بغيره، وكما لو أقرَّ أنَّ أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده، ثمَّ مات ولم يوجد قافة؛ فإنَّا نقرع لإخراج الحريَّة، وإن كان أحدهما حرَّ الأصل.

والصَّحيح الأوَّل؛ لأنَّ أهل الحصن لم يسبق لهم رقٌّ، فإرقاقهم إلَّا واحدًا يؤدِّي إلى ابتداء الإرقاق مع الشَّكِّ في إباحته، بخلاف ما إذا كان أحد المشتبهين رقيقًا؛ فأخرج غيره بالقرعة، فإنَّه إنَّما يستدام الرقُّ مع الشَّكِّ في زواله.

وللثَّاني أمثلة:

منها: إذا ملك أختين أو أمًّا وبنتًا؛ فالمشهور: أنَّ له الإقدام على وطء واحدة منهما ابتداء، فإذا فعل؛ حرمت الأخرى.

وعن أبي الخطَّاب: أنَّه يمنع من وطء واحدة منهنَّ حتَّى يحرِّم الأخرى، ونقل ابن هانئ عن أحمد ما يدلُّ عليه، وهو راجع إلى تحريم إحداهما مبهمة.

والأوَّل أصحُّ؛ لأنَّ المحرَّم هو ما يحصل به الجمع.

---

(١) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ١٢١): (سألت أبا عبد الله عن القوم يكونون في حصن، فيستأمن منهم عشرة، فينزل عشرة غيرهم، فيقولون: لنا كان الأمان، ثم نزل عشرة آخرون، فيقولون: لنا كان الأمان، قلت: فلمن هو منهم؟ قال: يؤمنون كلهم).

ومنها: إذا وطئ الأختين واحدة بعد الأخرى؛ فهل يمنع من وطئهما جميعًا حتَّى يحرِّم إحداهما؛ لثبوت استفراشهما جميعًا، أم تباح له الأولى إذا استبرأ الثَّانية؛ لأنَّها أخصُّ بالتَّحريم، حيث كان الجمع حاصلًا بوطئها؟

على وجهين، والأظهر ههنا الأوَّل؛ لثبوت الفراش لهما جميعًا، فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمة.

ومنها: إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع نسوة، فأسلمن أو كنَّ كتابيَّات؛ فالأظهر: أنَّ له وطء أربع منهنَّ، ويكون اختيارًا منه؛ لأنَّ التَّحريم إنَّما يتعلَّق بالزِّيادة على الأربع.

وكلام القاضي قد يدلُّ على هذا، وقد يدلُّ على تحريم الجميع قبل الاختيار.

ومنها: لو قال لزوجاته الأربع: والله لا وطئتكنَّ، وقلنا: لا يحنث بفعل البعض:

فأشهر الوجهين: أنَّه لا يكون موليًا حتَّى يطأ ثلاثًا؛ فيصير حينئذ موليًا من الرَّابعة، وهو قول القاضي في «المجرَّد» وأبي الخطَّاب؛ لأنَّه يمكنه وطء كلِّ واحدة منهنَّ من غير حنث، فلا تكون يمينه مانعة، بخلاف ما إذا وطئ ثلاثًا؛ فإنَّه لا يمكنه وطء الرَّابعة بدون حنث.

والثَّاني: هو مولٍ في الحال من الجميع، وهو قول القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «عمده»، وقالا: هو ظاهر كلام أحمد.

ومأخذ الخلاف: أنَّ الحكم المعلَّق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم

على ما يتمُّ به مسمَّاها حسب، أو على مجموع الأجزاء في حالة الاجتماع دون الانفراد؟

فعلى الثَّاني: يكون موليًا من الجميع، ويتوقَّف حنثه بوطء كلِّ واحدة على وطء البواقي معها.

ومنها: إذا زنى بامرأة وله أربع نسوة؛ ففي «التَّعليق» للقاضي: يمنع من وطء الأربع حتَّى يظهر بالزَّانية حمل[١].

واستبعده الشَّيخ مجد الدِّين[٢]، وهو كما قال؛ لأنَّ التَّحريم هنا لأجل الجمع بين خمس، فيكفي فيه أن يمسك عن واحدة منهنَّ، وصرَّح به صاحب «التَّرغيب».

وقد ذكر صاحب «المغني» مثله فيمن أسلم على خمس نسوة ففارق واحدة؛ فإنَّه يمسك عن وطء واحدة منهنَّ حتَّى تستبرئ المفارَقة.

ومنها: إذا تزوَّج خمسًا أو أختين في عقد واحد؛ فالنِّكاح باطل؛ لأنَّ الجمع حصل به، ولا ميزة للبعض على البعض؛ فبطل، بخلاف ما إذا تزوَّجهنَّ في عقود متفرِّقة.

وذكر القاضي في «خلافه» احتمالًا بالقرعة فيما إذا زوَّج الوليَّان من

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: وتضعه، أو حتَّى تستبرئ).

[٢] كتب على هامش (ن): (قال في «المحرَّر»: ومن وطئ امرأة بشبهة أو زنى؛ لم يجز في العدَّة أن يتزوَّج أختها ولا يطأها إن كانت زوجته، نصَّ عليه، وفي وطء أربع سواها بالزَّوجيَّة، وابتداء العقد على أربع وجهان؟ انتهى. أحد الوجهين: يحرم).

رجلين دفعة واحدة، وهذا مثله، ولكن هذا لعله يخالف الإجماع، قاله الشَّيخ مجد الدِّين، ولكنه يعتضد بالرِّواية الَّتي نقلها ابن أبي موسى فيمن قال لعبيده: أيُّكم جاءني بخبر كذا وكذا؛ فهو حرٌّ، فأتاه به اثنان معًا؛ عتق واحد منهما بالقرعة(١).

وكذلك لو قال: أوَّل غلام يطلع عليَّ فهو حرٌّ، أو أوَّل امرأة تطلع عليَّ فهي طالق، فطلع عليه عبيده كلُّهم، ونساؤه كلُّهنَّ؛ أنَّه تَطْلُق ويَعْتِق واحد منهم بالقرعة، نصَّ عليه في رواية مهنَّى(٢)، وأقرَّه القاضي وصاحب «المغني» في موضع منه على ظاهره، وتأوَّلاه مرَّة على أنَّهم اطَّلعوا واحدًا بعد واحد، وأشكل السَّابق، وهذا هو الأظهر؛ لأنَّه المعتاد وغيره بعيد.

أمَّا إن كان لبعضهم مزيَّة؛ فله صور:

منها: إذا تزوَّج أمًّا وبنتًا في عقد واحد؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يبطل النِّكاحان معًا، وهو قول القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»(٣).

والثَّاني: يبطل نكاح الأمِّ وحدها[١]، حكاه صاحب «الكافي»، وبه

[١] كتب على هامش (ن): (جزم في «المغني» بفساد النِّكاح فيها، ولم يحكِ فيه خلافًا، وحكى في «الكافي» وجهين، وقدَّم منهما: الفساد فيها أيضًا).

(١) ينظر: الإرشاد لابن أبي موسى (ص ٤٤٠).
(٢) ينظر: المغني (١٠/ ٣٣٩).
(٣) في (ب) و(هـ) و(و): الكافي. وهي مشطوب عليها في (أ).

جزم صاحب «المحرَّر»؛ لأنَّ نكاح البنت لا يُمنع بنكاح[١] الأمِّ إذا عري عن الدُّخول، بخلاف العكس فكان نكاح الأمِّ أولى بالإبطال.

ومنها: لو أسلم الكافر على أمٍّ وبنت لم يدخل بواحدة منهما؛ فالمذهب: أنَّه ينفسخ نكاح الأمِّ وحدها، وتحرم على التَّأبيد، ويثبت نكاح البنت، نصَّ عليه أحمد فيما ذكره القاضي في «خلافه»، واتَّفق الأصحاب عليه.

وبناه القاضي على أنَّ أنكحة الكفَّار صحيحة، فإذا صحَّ النِّكاح في البنت؛ صارت أمُّها من أمَّهات نسائه، فحرمت عليه، قال: ولو لم يكن صحيحًا فيهما؛ كان له أن يختار أيَّهما شاء.

وهذا يخالف[٢] ما قرَّره في «الجامع الكبير»: أنَّ العقد الفاسد في النِّكاح يحرِّم ما يحرِّمه الصَّحيح، وهذا النِّكاح غايته أنَّه فاسد؛ لأنَّه مختلف في صحَّته.

والمنصوص عن أحمد في رواية أبي طالب: أنَّه يفرِّق بينه وبين الأمِّ والبنت؛ لأنَّهما[٣] قد حرمتا عليه[٤].

---

(١) في (ب) و(ن): نكاح.
وكتب في هامش (ن): (صوابه: لأن نكاح الأم لا يمنع نكاح البنت)، وكتب أيضًا: (أو يقال: لا يمنعه نكاح الأم، ويصح الكلام).

(٢) في (أ): بخلاف.

(٣) قوله: (لأنَّهما) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ).

(٤) ينظر: أحكام أهل الملل والردة من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل (ص ١٥٥).

وهذا محمول على ما إذا وجد الدُّخول بهما؛ لأنَّه قال في تمام الرِّواية: (إذا كان تحته أختان؛ فُرِّق بينه وبين إحداهما، وإذا كان تحته فوق أربع؛ فرِّق بينه وبين الزِّيادة)، فدلَّ على أنَّه لم يجعله كابتداء العقد.

ومنها: لو تزوَّج صغيرة وكبيرة، ولم يدخل بها حتَّى أرضعت الصَّغيرة؛ فسد نكاح الكبيرة؛ لمصيرها من أمَّهات نسائه.

وفي الصَّغيرة روايتان:

إحداهما: يفسد نكاحها أيضًا، كمن عقد على أمٍّ وبنت ابتداء.

والثَّانية: لا يبطل، وهي أصحُّ.

ومسألة الجمع في العقد قد سبق الخلاف فيها، وعلى التَّسليم فيها؛ فالفرق بينها وبين مسألتنا: أنَّ الجمع ههنا حصل في الاستدامة دون الابتداء، والدَّوام أقوى من الابتداء، فهو كمن أسلم على أمٍّ وبنت.

ومنها: لو كان تحت ذميٍّ أربع نسوة، ثمَّ استُرقَّ للحوقه بدار الحرب أو غيره، قال الشَّيخ مجد الدِّين: (يحتمل أن يتخيَّر منهنَّ اثنتين؛ كما لو أسلم عبد وتحته أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع؛ كالرَّضاع الحادث المحرِّم للجمع).

ومنها: لو تزوَّج حرَّة وأمة في عقد، وهو فاقد لشرط نكاح الإماء؛ فإنَّه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصحِّ؛ لأنَّ الحرَّة تمتاز عليها بصحَّة ورود نكاحها عليها في مثل هذه الحال، ولا عكس.

وللثَّالث - وهو المنع من القدر المشترك - أمثلة:

منها: لو قال لزوجاته: والله لا وطئت إحداكنَّ، ناويًا بذلك الامتناع من وطء مسمَّى إحداهنَّ، وهو القدر المشترك بين الجميع؛ فيكون موليًا من الجميع، مع أنَّ العموم يستفاد أيضًا من كونه مفردًا مضافًا.

أمَّا لو قال: لا وطئت واحدة منكنَّ؛ فالمذهب الصَّحيح: أنَّه يعمُّ الجميع، وهو قول القاضي والأصحاب؛ بناء على أنَّ النَّكرة في سياق النَّفيِ تفيد العموم.

وحكى القاضي عن أبي بكر: أنَّه يكون موليًا من واحدة غير معيَّنة، وأخذه من قوله: (إذا آلى من واحدة منهنَّ وأشكلت عليه؛ أخرجت بالقرعة)، ولا يصحُّ هذا الأخذ كما لا يخفى.

وحكى صاحب «المغني» عن القاضي كذلك.

والقاضي مصرِّح بخلافه، فإنَّه قال: (هو إيلاء من الجميع رواية واحدة)، لكنَّه قال: (متى وطئ واحدة منهنَّ؛ انحلَّت اليمين من الكلِّ، بخلاف ما إذا قال: لا وطئت كلَّ واحدة منكنَّ، أو لا وطئتكنَّ؛ فإنَّه إذا وطئ واحدة منهنَّ؛ حنث، وبقي الإيلاء من البواقي وإن لم يحنث بوطئهنَّ؛ لأنَّ حقَّهنَّ من الوطء لم يستوفَ).

والفرق بين الصُّور الثَّلاث: أنَّ قوله: (لا أطأ كلَّ واحدة منكنَّ)، أو (لا أطؤكنَّ) في قوَّة أيمان متعدِّدة؛ لإضافته إلى متعدِّد، بخلاف قوله: (لا أطأ واحدة منكنَّ)، فإنَّه مضاف إلى مفرد منكَّر موضوع

بالأصالة لنفي الوحدة، وعمومه عموم بدل لا شمول، فاليمين فيه واحدة، فتنحلُّ[(١)] بالحنث بوطء واحدة.

ولكن مقتضى هذا التَّفريق: أن تتعدَّد الكفَّارة في الصُّورتين الأوليَيْن بوطء كلٍّ واحدة، وهو قياس إحدى الرِّوايتين في الظِّهار من نسائه بكلمة واحدة، أنَّ الكفَّارة تتعدَّد.

ويمكن أن يقال: النَّكرة في سياق النَّفي إن قيل: إنَّها تعمُّ بوضعها كما تعمُّ صيغ الجموع؛ فالصُّور الثَّلاث متساوية، وإن قيل: إنَّ عمومها جاء ضرورة نفي الماهيَّة؛ فالمنفيُّ بها واحد لا تعدُّد فيه، وهو الماهيَّة المطلقة، فيتَّجه تفريق القاضي المذكور، والله تعالى أعلم.

ومنها: إذا قال: إن خرجت من الدَّار مرَّة بغير إذني فأنت طالق، ونوى بذلك القدر المشترك بين المرَّات؛ اقتضى العموم بغير إشكال.

وإن أطلق؛ فقال القاضي في «خلافه»: تتقيَّد يمينه بمرَّة واحدة، وسلَّم أنَّه لو أذن لها مرَّة، فخرجت بإذنه، ثمَّ خرجت بعد ذلك بغير إذنه؛ لم تطلق.

وخالفه أبو الخطَّاب وابن عقيل في «خلافيهما»، وهو الحقُّ.

ثمَّ اختلف المأخذ؛ فقال ابن عقيل: ذِكر المرَّة تنبيه على المنع من الزِّيادة عليها.

وظاهر كلام أبي الخطَّاب: أنَّ العموم أتى من دخول النَّكرة في النَّفي.

---

(١) في (أ) و(د): فينحلُّ.

ولا حاجة إلى ذلك كلِّه؛ فإنَّ اليمين عندنا إنَّما تنحلُّ بالحنث، ولو خرجت مائة مرَّة بإذنه؛ لم تنحلَّ اليمين بذلك عندنا، والمحلوف عليه قائم، وهو خروجها مرَّة بغير إذنه؛ فمتى وجد؛ ترتَّب عليه الحنث.

قاعدة [١١٠]

من ثبت له أحد أمرين:

فإن اختار أحدهما؛ سقط الآخر.

وإن أسقط أحدهما؛ ثبت الآخر.

وإن امتنع منهما:

فإن كان امتناعه ضررًا على غيره؛ استوفي له الحقُّ الأصليُّ الثَّابت له إذا كان ماليًّا.

فإن لم يكن حقًّا ثابتًا؛ سقط.

وإن كان الحقُّ غير ماليٍّ؛ أُلزم بالاختيار.

وإن كان الحقُّ(١) واجبًا له وعليه؛ فإن كان مستحِقُّه غير متعيِّن[١]؛ حبس حتَّى يعينه ويوفيه، وإن كان مستحِقُّه معيَّنًا؛ فهل يحبس أو يستوفى منه الحقُّ الَّذي عليه؟ فيه خلاف.

وإن كان حقًّا عليه وأمكن استيفاؤه منه؛ استوفي.

---

[١] كتب على هامش (ن): (كذا في الأصل، وصوابه: معيَّن).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): حقًّا.

وإن كان عليه حقَّان أصل وبدل، فامتنع من البدل؛ حكم عليه بالأصل[١].

ويندرج تحت هذه القاعدة صور:

منها: لو عفا مستحِقُّ القصاص عنه، وقلنا: الواجب أحد أمرين؛ تعيَّن له المال.

ولو عفا عن المال؛ ثبت له القَوَد.

ومنها: لو اشترى شيئًا، فظهر على عيب فيه، ثمَّ استعمله استعمالًا يدلُّ على الرِّضا بإمساكه(١)؛ لم يسقط حقُّه من المطالبة(٢) بالأرش عند ابن عقيل؛ لأنَّ العيب موجِب لأحد شيئين، إمَّا الرَّدُّ وإمَّا الأرش، فإسقاط أحدهما لا(٣) يسقط به الآخر.

وقال ابن أبي موسى والقاضي: يسقط الأرش أيضًا. وفيه بُعْد.

ومنها: لو أتاه الغريم بدينه في محلِّه، ولا ضرر عليه في قبضه؛ فإنَّه يؤمر بقبضه أو إبرائه، فإن امتنع[٢]؛ قبضه له الحاكم، وبرئ غريمه.

ومنها: لو امتنع الموصى له من القبول والرَّدِّ؛ حكم عليه بالرَّدِّ،

---

[١] كتب على هامش (و): (المستوفي لذلك كله فيما ذكر المصنف هو الحاكم).

[٢] كتب على هامش (و): (يعني: من القبض والإبراء).

---

(١) قوله: (بإمساكه) سقط من (أ) و(و).

(٢) قوله: (من المطالبة) سقط من (ب).

(٣) في (أ): لم.

وسقط حقُّه من الوصيَّة(١).

ومنها: لو تحجَّر مواتًا، وطالت مدَّته ولم يحيه، ولم يرفع يده عنه[١]؛ فإنَّ حقَّه يسقط منه[٢].

ومنها: لو أسلم على أختين، أو أكثر من أربع نسوة، وامتنع من الاختيار؛ حُبس وعزِّر حتَّى يختار[٣].

ومنها: لو أخَّرت المعتَقة تحت عبدٍ الاختيارَ حتَّى طالت المدَّة؛ أجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الإقامة بالتَّمكين من الاستمتاع.

ومنها: لو أبى المولي بعد المدَّة أن يفيء أو يطلِّق[٤]؛ فروايتان:

إحداهما: يحبس حتَّى يفيء أو يطلِّق[٥].

والثَّانية: يفرِّق الحاكم بينهما. [٦]

---

[١] كتب على هامش (و): (أُلزِم بأن يختار أحدهما).

[٢] كتب على هامش (ن): (لكونه لم يكن ثابتًا).

[٣] كتب على هامش (ن): (لأنَّ الحقَّ غير ماليٍّ).

[٤] كتب على هامش (ن): (قوله: "أن يفيء أو يطلِّق" الصَّواب أن يقال: أن يفيء ويطلِّق، فإنَّه لو امتنع من أحدهما فقط؛ لم يكن فيه روايتان).

[٥] كتب على هامش (ن): (هذه المسألة مثال لما يكون الحقُّ واجبًا له وعليه، ومستحِقُّه معيَّن، ولم يذكر مثال ما مستحِقُّه غير معيَّن، وقد قدَّمه في ترجمة القاعدة، فليطلب له مثال).

[٦] كتب على هامش (ن): (هذا مثال للحقِّ الَّذي عليه، وقد أمكن استيفاؤه منه عند امتناعه).

---

(١) زيد في (ن): لأن حقه لم يكن ثابتًا.

ومنها: لو حلَّ دين الرَّهن وامتنع من توفيته، وليس ثَمَّ وكيل في البيع؛ باعه الحاكم ووفَّى الدَّين منه.

ومنها: لو ادُّعي عليه، فأنكر، وطُلب منه اليمين، فنكل عنها؛ قُضي عليه بالنُّكول، وجُعل مُقِرًّا؛ لأنَّ اليمين بدل عن الإقرار أو عن البذْل، فإذا امتنع من البدل[١]؛ حكم عليه بالأصل[٢].

ومنها: لو نكل المدَّعى عليه عن الجواب بالكليَّة؛ فإن كانت الدَّعوى ممَّا يقضى فيها بالنُّكول؛ فهل يقضى عليه به هنا، أم يحبس حتَّى يجيب؟ على وجهين.

وإن كانت ممَّا لا يُقضى فيها بالنُّكول؛كالقتل والحدِّ؛ فهل يحبس حتَّى يقرَّ[٣]، أو يخلَّى سبيله؟ على وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: وهو اليمين).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: وهو الإقرار أو البذل).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: أو يجيب بالإنكار).

قاعدة [١١١]

إذا كان الواجب بسببٍ واحدٍ أحدَ شيئين، فقامت حجَّة تثبت بها أحدهما دون الآخر؛ فهل يثبت به أم لا؟ على روايتين.

ويخرَّج عليها مسائل:

منها: إذا قلنا: موجب قتل العمد أحد شيئين، فإذا ادَّعى أولياء المقتول على وليِّ القاتل في القسامة، فنكل؛ فهل يلزمه الدِّيَة؟ على روايتين.

ومنها: لو ادَّعى جراحة عمد على شخص، وأتى بشاهد وامرأتين؛ فهل تلزمه دِيَتها؟ على الرِّوايتين.

والصَّحيح فيهما(١): عدم وجوب الدِّيَة؛ لئلَّا يلزم أن يجب بالقتل الدِّيَة عينًا.

وأمَّا إن قلنا: موجَب القتل القصاص عينًا، فالدِّيَّة بدل؛ فلا يجب بما لا يجب به المبدل.

ومنها: لو شهد رجل وامرأتان بقتل عبدٍ عبدًا عمدًا؛ فهل يثبت بذلك غرم قيمة العبد دون القود؟ على روايتين حكاهما صاحب «المحرَّر»، وذكر أنَّ رواية وجوب القيمة رواها ابن منصور.

(١) في (أ) و(ج) و(و): فيها.

وتأملت رواية ابن منصور فإذا ظاهرها: أنَّ القاتل كان حرًّا؛ فلا تكون جنايته موجبة للقود؛ فلا تكون المسألة من هذا القبيل، بل من نوع آخر، وهو إذا كانت الجناية موجبة للمال عينًا، وقامت بها بيِّنة يثبت بها المال دون أصل الجناية[١]؛ فهل يجب بها المال؟ على روايتين.

كما لو كانت الجناية عمدًا(١) توجب المال دون القود، وأتى عليها بشاهد وامرأتين، أو ادَّعى قتل كافر في الصَّفِّ وأتى بشاهد وحلف معه؛ فهل يستحقُّ بذلك سَلَبه؟ على الرَّوايتين.

---

[١] كتب في هامش (ج) و(ن) و(هـ): (جناية الخطأ في «الهداية» و«المقنع» يقبل فيها شاهد ويمين، ورجل وامرأتان رواية واحدة، وحكى صاحب «شرح الهداية» عن أبي بكر: لا يثبت إلَّا برجلين، وحكى في «المحرَّر» روايتين). زاد في (ن): (من النسخة المعتمدة).

---

(١) زاد في (ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): خطأ أو عمدًا.

قاعدة [١١٢]

إذا اجتمع للمضطر محرَّمان، كلٌّ واحدٍ[(١)] منهما لا يباح بدون الضَّرورة؛ وجب تقديم أخفِّهما مفسدة، وأقلِّهما ضررًا؛ لأنَّ الزِّيادة لا ضرورة إليها؛ فلا تباح.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: إذا وجد المحرِم صيدًا وميتة؛ فإنَّه يأكل الميتة، نصَّ عليه أحمد[(٢)]؛ لأنَّ في أكل الصَّيد ثلاث جنايات: صيده، وذبحه، وأكله، وأكل الميتة فيها جناية واحدة.

وعلى هذا: لو[(٣)] وجد لحم صيد ذبحه مُحْرِم وميتة؛ فإنَّه يأكل لحم الصَّيد، قاله القاضي في «خلافه»؛ لأنَّ كلًّا منهما فيه جناية واحدة، ويتميَّز الصَّيد بالاختلاف في كونه مذكًّى.

وفي هذا نظر؛ فإنَّ أكل الصَّيد جناية على الإحرام، ولهذا يلزمه بها الجزاء عند الحنفيَّة[(٤)]، وهو مستغنٍ عن ذلك بالأكل من الميتة[(٥)].

---

(١) قوله: (واحد) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ).

(٢) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ١٣٤).

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): فلو.

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (٤/ ٨٦)، الهداية (١/ ١٦٩).

(٥) في (أ): بأكل الميتة.

ثمَّ وجدت أبا الخطَّاب في «انتصاره» اختار أكل الميتة معلِّلًا بما ذكرنا.

ولو وجد بيض صيد؛ فظاهر كلام القاضي: أنَّه يأكل الميتة، ولا يكسره ويأكله؛ لأنَّ كسره جناية؛ كذبح الصَّيد.

ومنها: نكاح الإماء والاستمناء، كلٌّ منهما إنَّما يباح للضَّرورة، ويقدَّم نكاح الإماء كما نصَّ عليه ابن عبَّاس(١)؛ لأنَّه مباحٌ بنصِّ الكتاب، والآخر متردَّد فيه.

وقال ابن عقيل في «مفرداته»: الاستمناء أحبُّ من نكاح الأمة. وفيه نظر(٢).

وأمَّا نكاح الإماء ووطء المستحاضة؛ فقال ابن عقيل في روايتيه: إنَّما يباح وطء المستحاضة عند خوف العنت، وعدم الطَّول لنكاح غيرها[١].

وظاهر هذا: أنَّ نكاح الأمة(٣) مقدَّم عليه، ويوجَّه بما ذكرنا من النَّصِّ على إباحة نكاح الإماء دون وطء المستحاضة، فإنَّه في معنى وطء

---

[١] كتب على هامش (و): (أي: سواء كانت أمة أو حرة).

---

(١) روى عبدالرزاق (١٣٥٨٨)، وابن أبي شيبة (١٧٤٨٩) عن أبي يحيى، قال: رأيت رجلًا سأل ابن عباس، فقال: يا ابن عباس! إني رجل أعبث بذكري حتى أنزل، قال: فقال ابن عباس: «أف أف، هو خير من الزنى، ونكاح الإماء خير منه».

(٢) قال في الإنصاف (٢٦/٤٦٦): (وهو كما قال).

(٣) في (ب): الإماء.

الحائض؛ لكونه دم أذىً.

ومنها: من أبيح له الفطر لشبقه، ولم يمكنه الاستمناء، واضطر إلى الجماع؛ فله فعله.

فإن وجد زوجة مكلَّفة صائمة، وأخرى حائضًا؛ ففيه احتمالان ذكرهما صاحب «المغني»:

أحدهما: وطء الصَّائمة أوْلى؛ لأنَّ أكثر ما فيه أنَّها تفطر لضرر غيرها، وذلك جائز؛ كفطرها لأجل الولد، وأمَّا وطء الحائض؛ فلم يعهد في الشَّرع جوازه، فإنَّه حرِّم للأذى، ولا يزول الأذى بالحاجة إليه.

والثَّاني: يخيَّر؛ لتعارض مفسدة وطء الحائض من غير إفساد عبادة عليها، وإفساد صوم الطَّاهرة. [١]

والأوَّل هو الصَّحيح؛ لما ذكرنا من إباحة الفطر لأسباب، دون وطء الحائض.

ومنها: إذا ألقي في السَّفينة نارٌ، واستوى الأمران في الهلاك - أعني: المقام في النَّار، وإلقاء النُّفوس في الماء - فهل يجوز إلقاء النُّفوس في الماء(١)، أو يلزم المقام؟

على روايتين، والمنقول عن أحمد في رواية مهنَّى أنَّه قال: (أكره

---

[١] كتب على هامش (ن): (قد يؤخذ من هذا التَّعليل: أنَّه لو لم يجد إلَّا حائضًا؛ جاز له وطؤها، وكذا لو لم يجد إلَّا صائمة).

---

(١) قوله: (في الماء) سقط من (أ).

طرح نفوسهم في البحر)(١)، وقال في رواية أبي داود: (يصنع كيف شاء)، قيل له: هو في اللُّجِّ لا يطمع في النَّجاة، قال: (لا أدري) (٢)، فتوقَّف.

ورجَّح ابن عقيل وغيره: وجوب المقام مع تيقُّن الهلاك فيهما[١]؛ لئلَّا يكون قاتلًا لنفسه، بخلاف ما إذا لم يتيقَّنوا ذلك؛ لاحتمال النَّجاة بالإلقاء.

[١] كتب على هامش (و): (أي: في المقام والإلقاء).

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٣٧٩).
(٢) ينظر: مسائل أبي داود (ص ٣٣١).

قاعدة [١١٣]

إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزَّعة على جملة أخرى؛ فهل تتوزَّع أفراد الجملة الموزَّعة على أفراد الأخرى، أو كلُّ فرد منها على مجموع الجملة الأخرى؟

هذه على قسمين:

الأوَّل: أن يوجد قرينة تدلُّ على تعيين أحد الأمرين، فلا خلاف في ذلك.

فمثال ما دلَّت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الأخرى، فيقابل كلُّ فرد كامل بفرد يقابله، إمَّا لجريان العرف، أو دلالة الشَّرع على ذلك، وإمَّا لاستحالة ما سواه[١]:

أن يقول لزوجتيه: إن أكلتما هذين الرَّغيفين فأنتما طالقتان، فإذا أكلت كلُّ واحدة منهما رغيفًا؛ طلقتا؛ لاستحالة أكل كلِّ واحدة للرَّغيفين.

أو يقول لعبديه: إن ركبتما دابَّتيكما، أو لبستما ثوبيكما، أو تقلَّدتما سيفيكما، أو اعتقلتما رمحيكما، أو دخلتما بزوجتيكما؛ فأنتما حرَّان؛ فمتى وجد من كلِّ واحد ركوب دابَّته، أو لبس ثوبه، أو تقلُّد سيفه، أو

[١] كتب على هامش (و): (أي: سوى توزيع الجملة على الجملة الأخرى).

رمحه، أو الدُّخول بزوجته؛ ترتَّب عليهما العتق؛ لأنَّ الانفراد بهذا عرفيٌّ، وفي بعضه شرعيٌّ[١]، فيتعيَّن صرفه إلى توزيع الجملة على الجملة، ذكره في «المغني».

ومثال ما دلَّت القرينة فيه على توزيع كلِّ فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى: أن يقول رجل لزوجتيه: إن كلَّمتما زيدًا وكلَّمتما عمرًا(١)؛ فأنتما طالقتان، فلا يطلقان حتَّى تكلِّم(٢) كلُّ واحدة منهما زيدًا وعمرًا.

والقسم الثَّاني: ألَّا(٣) يدلَّ دليل على إرادة أحد التَّوزيعين؛ فهل يحمل التَّوزيع عند هذا الإطلاق على الأوَّل أو الثَّاني؟ في المسألة خلاف.

والأشهر: أنَّه يوزَّع كلُّ فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى إذا أمكن، وصرَّح بذلك القاضي، وابن عقيل، وأبو الخطَّاب في مسألة الظِّهار من نسائه بكلمة واحدة، ولذلك لا يذكر الخلاف إلَّا في بعض الصُّور، ويجب طرده في سائرها ما لم يَمنع منه مانع.

---

[١] كتب على هامش (و): (وهو الدخول بزوجتيهما).

---

(١) في (ب): وعمرًا.
(٢) في (أ) و(ج) و(د) و(ن): يكلِّم.
(٣) في (أ): لا.

ولذلك أمثلة كثيرة:

منها: قوله ﷺ في تعليل مسحه على الخفَّين: «إنِّي أدخلتهما وهما طاهرتان»(١) هل المراد: أنَّه أدخل كلَّ واحدة من قدميه الخفَّين، وكلُّ واحدة منهما طاهرة، أو المراد: أنَّه أدخل كِلا القدمين الخفَّين، وكلُّ قدم في حال إدخالها طاهرة؟

وينبني على ذلك مسألة ما إذا غسل إحدى رجليه ثمَّ أدخلها الخفَّ، ثمَّ غسل الأخرى وأدخلها الخفَّ:

فعلى التَّوزيع الأوَّل - وهو توزيع المفرد على الجملة -: لا يجوز المسح؛ لأنَّه في حال إدخال الرِّجل الأُولى الخفَّ لم تكن الرِّجلان طاهرتين.

وعلى الثَّاني - وهو توزيع المفرد على المفرد - يصحُّ.

وفي المسألة روايتان عن أحمد، ولكنَّ القائل بأنَّ الحدث الأصغر لا يتبعَّض، وأنَّه لا يرتفع إلَّا بعد استكمال الطَّهارة يمنع طهارة الرِّجل الأولى عند دخولها الخفَّ.

نعم، وُجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفَّين، وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة[١].

---

[١] كتب في هامش (ج) و(هـ): (قيل للقاضي: لو قال: إن قربت امرأتيك، وهما طاهران، فأعطهما درهمين- في (ج): درهم -، لم تقتض كونهما طاهرين في حال قرب إحداهما، ولو قال - في (ج): قالا -: إذا مررت بزيد وعمرو، وهما قائمان أو قاعدان أو مصلِّيان؛ فأعطهما درهمًا، لم =

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦)، ومسلم (٢٧٤) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

ومنها: مسألة مُدِّ عجوة، وهي قاعدة عظيمة مستقلَّة بنفسها، فلنذكر ههنا مضمونها ملخَّصًا.

فنقول: إذا باع ربويًّا بجنسه ومعه من غير جنسه[١]، من الطَّرفين أو أحدهما؛ كمدِّ عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم، أو مدِّ عجوة ودرهم بمدِّي عجوة، أو بدرهمين؛ ففيه روايتان:

أشهرهما: بطلان العقد، وله مأخذان:

أحدهما: وهو مسلك القاضي وأصحابه؛ أنَّ الصَّفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفي القيمة؛ يقسَّط الثَّمن على قيمتهما، وهذا يؤدِّي ههنا إمَّا إلى يقين التَّفاضل، وإمَّا إلى الجهل بالتَّساوي، وكلاهما مبطل للعقد في أموال الرِّبا.

وبيان ذلك: أنَّه إذا باع مدًّا - يساوي درهمين - ودرهمًا، بمدَّين يساويان ثلاثة دراهم؛ كان الدِّرهم في مقابلة ثلثي مدٍّ، ويبقى مدٌّ في مقابلة مدٍّ وثلث، وذلك ربًا.

وكذلك إذا باع مدًّا - يساوي درهمين - ودرهمًا، بمدِّين يساويان

= يقتض كونهما جميعًا على هذه الصِّفة في حال مروره بأحدهما، فلم يجب عنه، ولكنَّه سلَّمه).

[١] كتب على هامش (ن): (أعمُّ من أن يكون غير جنسه ربويًّا كالمسألة المفروضة، أو غير ربويٍّ، كمائة درهم، وليس في مقابلة ما بقي دراهم كما يأتي).

ثلاثة دراهم؛ فإنَّه يتقابل الدِّرهم بثلثي مدٍّ، ويبقى مدٌّ وثلث في مقابلة مدٍّ(١).

وأمَّا إن فرض التَّساوي؛ كمدٍّ - يساوي درهمًا - ودرهم، بمدٍّ يساوي درهمين(٢)؛ فإنَّ التَّقويم ظنٌّ وتخمين، فلا يتيقَّن معه المساواة[١]، والجهل بالتَّساوي ههنا كالعلم بالتَّفاضل.

فلو فرض أن المدَّين من شجرة واحدة أو زرع واحد، وأنَّ الدِّرهمين من نقد واحد؛ ففيه وجهان ذكرهما القاضي في «خلافه» احتمالين:

أحدهما: الجواز؛ لتحقق المساواة.

والثاني: المنع؛ لجواز أن يتغيَّر أحدهما قبل العقد، فتنقص قيمته وحده.

وصحَّح أبو الخطَّاب في «انتصاره» المنع؛ قال: لأنَّا لا نقابل مدًّا بمدٍّ ودرهمًا بدرهم، بل نقابل مدًّا بنصف مدٍّ ونصف درهم، ولذلك لو خرج مستحقًّا؛ لاستردَّ ذلك، وحينئذٍ؛ فالجهل بالتَّساوي قائم.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: والحال أنَّه لا بدَّ من العلم بالمساواة، ولا يكفي غلبة الظَّنِّ في ذلك).

---

(١) في (ج) و (ن) و (و) و (هـ): وكذلك إذا باع مدًّا - يساوي درهمًا - ودرهمين، بمدِّين يساويان ثلاثة دراهم؛ فإنَّه يتقابل الدِّرهم بمدٍّ وثلث، ويبقى ثلثا مدٍّ في مقابلة مدٍّ.

(٢) قوله: (درهمين) هو في (ج) و(د) و(هـ) و(و): درهمًا ودرهم.

هذا ما ذكروه في تقرير هذه الطَّريقة، وهو عندي ضعيف؛ لأنَّ المنقسم هو قيمة الثَّمن على قيمة المثمن[١]، لا أجزاء أحدهما على قيمة الآخر.

ففيما إذا باع مدًّا - يساوي درهمين - ودرهمًا، بمدَّين يساويان ثلاثة، لا نقول: الدَّرهم مقابل بثلثي مدٍّ، بل نقول: ثلث الثَّمن مقابِل لثلث المثمن[٢]، فيقابل ثلث المدَّين بثلث مدٍّ وثلث درهم، ويقابل ثلثا المدَّين بثلثي مدٍّ وثلثي درهم، فلا ينفكُّ مقابلة كلِّ جزء من المدَّين بجزء من المدِّ والدِّرهم.

ولهذا لو باع شقصًا وسيفًا بمائة درهم وعشرة دنانير؛ لأخذ الشَّفيع الشِّقص بحصته من الدَّراهم والدَّنانير.

نعم، يحتاج إلى معرفة ما يقابل الدِّرهم أو المدَّ من الجملة الأخرى

---

[١] كتب على هامش (ن): (ينبغي أن يزاد على هذا: "أو أجزاء الثَّمن على أجزاء المثمن"، ثمَّ يعقِّب بقوله: "لا أجزاء أحدهما على قيمة الآخر").

[٢] كتب على هامش (ن): (وفي هذا مقابلة لجزء الثَّمن بجزء المثمن، وليس قسمه قيمة أحدهما على قيمة الآخر، ومقتضى قول القاضي وأصحابه: توزيع أجزاء أحدهما على قيمة الآخر، والمصنِّف ضعَّف مسلك القاضي؛ بأنَّ المنقسم قيمة أحدهما على قيمة الآخر، ثمَّ إنَّه ههنا قسَّم أجزاء أحدهما على أجزاء الآخر فخالف تفريعه لتأصيله، والمتعيِّن أن يقال: التَّوزيع إما للأجزاء فيكون على الأجزاء، أو للقيمة فتكون على القيمة،أما توزيع قيمة على أجزاء فلا).

إذا ظهر أحدهما مستحقًّا أو رُدَّ بعيب أو غيره؛ ليُردَّ ما قابله من عوضه، حيث كان المردود ههنا معيَّنًا مفردًا.

أمَّا مع صحَّة العقد في الكلِّ واستدامته؛ فإنَّا نوزِّع أجزاء الثَّمن على أجزاء المثمن بحسب(١) القيمة، وحينئذٍ؛ فالمفاضلة المتيقَّنة كما ذكروه منتفية.

وأمَّا أنَّ المساواة غير معلومة؛ فقد يُعلم في بعض الصُّور كما تقدَّم(٢).[١]

والمأخذ الثَّاني: أنَّ ذلك ممنوع؛ سدًّا لذريعة الرِّبا، فإنَّ اتِّخاذ ذلك حيلة على الرِّبا الصَّريح واقع كبيع مائة درهم في كيس بمائتين؛ جعلًا للمائة في مقابلة الكيس، وقد لا يساوي درهمًا، فمنع ذلك وإن كانا مقصودين؛ حسمًا لهذه المادة، وفي كلام أحمد إيماء إلى هذا المأخذ.

والرِّواية الثَّانية: يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الرِّبويِّ من غير جنسه مع الطَّرفين[٢]، أو يكون مع أحدهما، ولكنَّ المفرد أكثر من

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فيما إذا كان المدَّان من شجرة واحدة أو زرع واحد، والدِّرهمان من نقد واحد).

[٢] كتب على هامش (ن): (إطلاق هذه الرِّواية يشمل ما إذا كان ما مع الرِّبويِّ من الطَّرفين مختلف القدر، نحو: مدِّ عجوة ودرهم بمدِّ عجوة ودرهمين، خلافًا لما سيأتي عن السَّامريِّ من اشتراط تساويهما).

---

(١) في (أ): حسب.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): سبق.

الَّذي معه غيره، نصَّ عليه[(١)] أحمد في رواية جماعة[(٢)]؛ جعلًا لغير الجنس في مقابلة الجنس، أو في مقابلة الزِّيادة.

ومن المتأخِّرين - كالسَّامريِّ - من شرط فيما إذا كان مع كلٍّ واحد من غير جنسه من الجانبين التَّساوي؛ جعلًا لكلِّ جنس في مقابلة جنسه، وهو أولى من جعل الجنس في مقابلة غيره، لا سيَّما مع اختلافهما في القيمة.

وعلى هذه الرِّواية؛ فإنَّما يجوز ذلك ما لم يكن حيلة على الرِّبا، وقد نصَّ أحمد على هذا الشَّرط في رواية حرب، ولا بدَّ منه[(٣)].

وعلى هذه الرِّواية: يكون التَّوزيع ههنا للأفراد على الأفراد، وعلى الرِّواية الأولى هو من باب توزيع الأفراد على الجمل، أو توزيع الجمل على الجمل.

وللأصحاب في المسألة طريقة ثانية: وهي أنَّه لا يجوز بيع المحلَّى

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): عليها.

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٢٢).

(٣) جاء في التعليقة للقاضي (٣/ ٢٧١): (وقد أومأ أحمد إلى هذا في رواية أبي حرب الجرجرائي: إذا دفع دينارًا كوفيًا ودرهمًا، وأخذ دينارًا شاميًا، فإن كان وزن الدينارين سواء؛ فلا يجوز، إلا أن ينقص أحد الدينارين، فيعطيه بحسابه فضة.

وقال في رواية ابن منصور في بيع الزبد باللبن الذي فيه زبدة، فقال: إذا كان الزبد أكثر من الزبد الذي في اللبن، فيكون بعضه في مقابلة الزبد الذي في اللبن، وبعضه في مقابلة المخيض.

وقد نقل مهنى عنه خلاف هذا، فقال: أكره بيع الزبد باللبن. فمنع منه على الإطلاق).

بجنس حليته قولًا واحدًا، وفي بيعه بنقد آخر روايتان، ويجوز بيعه بعَرض رواية واحدة، وهذه طريقة أبي بكر في «التَّنبيه»، وابن أبي موسى، والشِّيرازيِّ، وأبي محمَّد التَّميميِّ، وأبي عبد الله الحسين الهمذانيِّ في كتاب «المقتدى»[(١)].

ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه؛ كأبي بكر في «التَّنبيه»، وقال الشَّيرازيُّ: (والأظهر المنع)[(٢)].

ومنهم من جزم بالجواز في بيعه بغير جنسه؛ كالتَّميميِّ.

ومنهم من حكى الخلاف؛ كابن أبي موسى.

ونقل البرزاطيُّ عن أحمد ما يشهد لهذه الطَّريقة في حليٍّ صيغ من مائة درهم فضَّة ومائة نحاس: أنَّه لا يجوز بيعه كلُّه بالفضَّة ولا بالذَّهب، ولا بوزنه من الفضَّة والنُّحاس، ولا يجوز بيعه حتَّى تخلص الفضَّة من النُّحاس، ويبيع كلَّ واحد منهما وحده.

وفي توجيه هذه الطَّريقة غموض، وحاصله: أنَّ بيع المحلَّى بنقد بجنسه قبل التَّمييز والتَّفصيل بينه وبين حليته يؤدِّي إلى الرِّبا؛ لأنَّه بيع ربويٌّ بجنسه من غير تحقُّق مساواة؛ لأنَّ بعض الثَّمن يقابل العرض، فيبقى الباقي مقابلًا للرِّبويِّ، ولا يتحقَّق مساواته له.

وأمَّا مع تميُّز الرِّبويِّ ومعرفة مقداره؛ فإنَّما منعوا منه إذا ظهر فيه

(١) هو الحسين بن الهمذاني، أبو عبد الله، شمس الحفاظ، له كتاب "المقتدى" في الفقه في المذهب، قال ابن رجب: (ولا أعلم من حاله غير هذا). ينظر: ذيل طبقات الحنابلة ٢/ ١٠.

(٢) قوله: (وقال الشِّيرازيُّ: الأظهر المنع). هو في (أ): (والشِّيرازيُّ، والأظهر: المنع).

وجه الحيلة، أو كان التَّفاضل فيه متيقَّنًا؛ كبيع عشرة دراهم مكسَّرة بثمانية صحاح، وفَلْسين أو ألفٍ صحاحًا بألف مكسَّرة، وثوب أو ألف صحاحًا ودينار؛ بألف ومائة مكسَّرة، هكذا ذكره ابن أبي موسى.

وأمَّا بيعه بنقد آخر أو بربويٍّ من غير جنسه، ولكن علَّة الرِّبا فيهما واحدة؛ فالخلاف فيه مبنيٌّ على الخلاف في بيع الموزونات أو المكيلات بعضها ببعض جزافًا، وفي جوازه روايتان، واختيار أبي بكر وابن أبي موسى والقاضي في «خلافه»: المنع، وعلَّلوه: بأنَّه لو استُحِقَّ أحدهما لم يدرِ بما يرجع على صاحبه، فيؤدِّي إلى الرِّبا من جهة العقد.

وهكذا علَّل أهل هذه الطَّريقة المنع في هذه المسألة، وفيه ضعف، فإنَّ المستحقَّ لم يصحَّ العقد فيه، وعوضه ثابت في الذِّمة، فتجوز المصالحة عنه كسائر الدُّيون المجهولة.

وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السَّلم، وضبط صفاته، وأنَّه إذا أسلم[١] جنسين؛ لم يجز حتَّى يبيِّن قسط كلِّ واحد منهما، فإنَّ السَّلم والصَّرف متقاربان، وهذا كلُّه في الجنسين.

فأمَّا بيع نوعي جنس بنوع منه، ففيه طريقان:

أحدهما: أن حكم نوعي الجنس حكم الجنسين، وهو طريق القاضي وأصحابه؛ نظرًا إلى توزيع العوض بالقيمة، فيؤدِّي ذلك ههنا إلى يقين المفاضلة؛ إذ ليس ههنا شيء من غير الجنس يجعل في مقابلة الفاضل.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعلَّه: في).

والثَّاني: الجواز ههنا، وهو طريق أبي بكر رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ورجَّحه صاحبا «المغني» و«التَّلخيص»؛ نظرًا إلى أنَّ الجودة والرَّداءة لا تعتبر في الربويَّات مع اتِّحاد النَّوع، فكذا في الجنس الواحد، والتَّقسيط إنَّما يكون في غير أموال الرِّبا، أو في غير الجنس الواحد(١)، بدليل ما(٢) لو باع نوعًا بنوع يشتمل على جيِّد ورديء؛ كان المذهب: جوازه.

ولكن ذكر أبو الخطَّاب في «انتصاره» فيه احتمالًا بالمنع، ونقل ابن القاسم عن أحمد: إن كان نقدًا؛ لم يجز، وإن كان ثمرًا؛ جاز.

والفرق: أنَّ أنواع الثِّمار يكثر اختلاطها، ويشقُّ تمييزها، بخلاف أنواع النُّقود.

وهذا كلُّه فيما إذا كان الرِّبويُّ مقصودًا بالعقد، فإن كان غير مقصود بالأصالة، وإنَّما هو تابع لغيره؛ فهذا ثلاثة أنواع:

أحدها: ما لا يقصد عادة، ولا يباع مفردًا؛ كتزويق الدَّار ونحوه؛ فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتِّفاق.(٣)

الثاني: ما يقصد تبعًا لغيره، وليس[١] أصلًا لمال الرِّبا؛ كبيع العبد ذي المال بمال من جنسه، إذا كان المقصود الأصلي هو العبد، وفيه ثلاث طرق:

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: وليس غيره المتبوع).

---

(١) قوله: (الواحد) سقط من (ب) و(ج) و(هـ) و(و) و(ن).

(٢) قوله: (ما) سقط من (أ).

(٣) ينظر: المغني (٤/ ٣٠).

إحداها(١): أنَّه يصحُّ رواية واحدة، سواء قلنا: إنَّ العبد يملك أو لا يملك، وهي طريقة أبي بكر، والخرقيِّ، والقاضي في «خلافه»، وابن عقيل في موضع من «فصوله»، وصاحب «المغني»، وهي المنصوصة عن أحمد.

والثَّانية: البناء على ملك العبد، فإن قلنا: يملك؛ صحَّ؛ لأنَّ المال ملك العبد(٢)؛ فليس بداخل في عقد البيع؛ كمال المكاتب لا يدخل معه في بيعه، وإن قلنا: لا يملك؛ اعتبر له شروط البيع، وهي طريقة القاضي في «المجرَّد»، وأبي الخطَّاب في «انتصاره».

والثَّالثة: طريقة صاحب «المحرَّر»؛ إن قلنا: لا يملك؛ لم تعتبر له شروط البيع، وإن قلنا: يملك؛ فإن كان مقصودًا؛ اعتبر له ذلك، وإلَّا فلا[١].

وأنكر القاضي في «المجرَّد» أن يكون القصد وعدمه معتبرًا في صحَّة العقد في الظَّاهر، وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله.

---

[١] كتب على هامش (ن): (عبارة «المحرَّر»: وإن باعه وشرط المشتري ماله، وقلنا: يملكه؛ صحَّ شرطه وإن كان مجهولًا، وإن قلنا: لا يملكه؛ اعتبر علمه وسائر شروط البيع، إلَّا إذا كان قصده العبد لا المال، فلا يشترط، ولا يخفى مباينة هذا لما حكاه المصنِّف، فإنَّ عبارة «المحرَّر» موافقة للطَّريق الثَّاني، وهو الَّذي قبل هذه الطَّريقة).

---

(١) في (ب): أحدها.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): للعبد.

النَّوع الثَّالث: ما لا يقصد، وهو[١] تابع لغيره، وهو أصل لمال الرِّبا إذا بيع بما فيه منه[٢]، وهو ضربان:

أحدهما: أن يمكن إفراد التَّابع بالبيع؛ كبيع نخلة عليها رطب برطب، وفيه طريقان:

أحدهما: وهو طريق القاضي في «المجرَّد»: المنع؛ لأنَّه مال مستقلٌّ بنفسه، فوجب اعتبار أحكامه بنفسه منفردًا عن حكم الأصل.

والثَّاني: الجواز، وهو طريق أبي بكر، والخرقيِّ، وابن بطَّة، والقاضي في «الخلاف»، كما سبق في بيع العبد ذي المال، واشترط ابن بطَّة وغيره أن يكون الرُّطب غير مقصود، وكذلك شرط في بيع النَّخلة الَّتي عليها ثمر لم يبدُ صلاحه أن يكون الثَّمر غير مقصود.

ونصَّ أحمد عليه في رواية إبراهيم بن الحارث والأثرم، وتأوَّله القاضي لغير معنىً.

ومعنى قولنا: غير مقصود؛ أي: بالأصالة، وإنَّما المقصود الأصليُّ الشَّجر، والثَّمر مقصود تبعًا.

والضَّرب الثَّاني: ألَّا يكون التَّابع ممَّا يجوز إفراده بالبيع؛ كبيع شاة لبون بلبن، أو ذات صوف بصوف، وبيع التَّمر بالنَّوى، فيجوز ههنا عند القاضي في «المجرَّد»، وابن حامد، وابن أبي موسى.

ومنع منه أبو بكر، والقاضي في «خلافه».

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: التَّابع).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: إذا بيع المتبوع بالَّذي فيه مِنْه، كبيع نخلة ذات تمر بتمر، وشاة ذات لبن بلبن).

وقد حُكي في المسألة روايتان عن أحمد[(١)].

ولعلَّ المنع يتنزَّل على ما إذا كان الرِّبويُّ مقصودًا، والجواز على عدم القصد، وقد صرَّح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره، ويشهد له تعليل الأصحاب كلِّهم الجواز بأنَّه تابع غير مقصود.

واعلم أنَّ هذه المسائل مقتطعة عن مسائل مدِّ عجوة، فإنَّ القول بالجواز فيها لا يتقيَّد بزيادة المفرد على ما معه غيره.

وقد نصَّ عليه أحمد في بيع العبد الَّذي له مال بمال دون الَّذي معه، وقاله القاضي في «خلافه» في مسألة العبد والنَّوى بالتَّمر، وكذلك المنع فيها مطلق عند الأكثرين.

ومن الأصحاب من خرَّجها أو بعضها على مسائل مدِّ عجوة، ففرَّق بين أن يكون المفرد أكثر من الَّذي معه غيره أو لا، وقد صرَّح به طائفة من الأصحاب؛ كأبي الخطَّاب وابن عقيل في مسألة العبد ذي المال، وكذلك حكى أبو الفتح الحلوانيُّ رواية في بيع الشَّاة ذات الصُّوف واللَّبن بالصُّوف واللَّبن، أنَّه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر ممَّا في الشَّاة من جنسه، ولعلَّ هذا مع قصد اللَّبن والصُّوف بالأصالة، والجواز مع عدم القصد، فيرتفع الخلاف حينئذٍ، والله أعلم.

وإن حُمل على إطلاقه؛ فهو متنزِّل على أنَّ التَّبعيَّة ههنا لا عبرة بها، وأنَّ الرِّبويَّ التَّابع لغيره كالمستقلِّ بنفسه، والله أعلم[(٢)].

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٢٤).

(٢) قوله: (والله أعلم) زيادة من (ب).

ومنها: إذا باع رجل عبدين له من رجلين(١) بثمن واحد؛ فإنَّ المبيع يقع شائعًا بينهما؛ فيكون لكلِّ واحد(٢) منهما نصف كلِّ(٣) عبد.

ولا يتخرج(٤) هنا وجه آخر: أن يكون لكلِّ واحد عبد؛ لأنَّه يلزم من ذلك عدم تعيين المبيع؛ فيفسد البيع.

نعم، لو كان العقد مما يصحُّ مبهمًا؛ كالوصيَّة والمهر والخلع[١]؛ توجَّه هذا التَّخريج فيه.

ولو أقرَّ لرجل بنصف عبدين، ثمَّ فسَّره بعبد معيَّن؛ قُبِل، بخلاف ما إذا أقرَّ له بنصف هذين العبدين، ثمَّ فسَّره بأحدهما، ذكره صاحب «التَّرغيب»؛ لأنَّ الأوَّل مطلق، فيصحُّ تفسيره بمعيَّن؛ كما لو قال لزوجته: أنت طالق نصف طلقتين؛ فإنَّها تطلق واحدة.

وأمَّا إذا وصَّى له بثلث ثلاثة أعبد، ثمَّ استُحِقَّ منهم اثنان؛ فهل يستحقُّ ثلثَ الباقي أو كلَّه[٢]؟ فيه وجهان.

---

[١] كتب على هامش (ن): (كما لو وصَّى بعبدين لرجلين، أو أمهرهما لامرأتين).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: إذا لم يجاوز ثُلث قيمتهم، كما قيده به في «المحرَّر»).

---

(١) في (أ): رجل.
(٢) في (ب) و(د) و(و) و(ن): رجل.
(٣) قوله: (كلِّ) سقط من (أ).
(٤) في (أ): ولا يخرَّج.

وهذا قد يتوهَّم منه قبول التَّفسير بعبد مفرد مع التَّعيين[١]، وليس كذلك، بل مأخذ هذين الوجهين أنَّه هل يدخل العبيدَ ونحوَهم قسمةُ الإجبار أم لا؟ وفيه وجهان، والمنصوص دخولها.

ومنها: إذا رهنه اثنان عينين أو عينًا لهما صفقة واحدة على دين له عليهما، مثل أن يرهناه دارًا لهما على ألف درهم له عليهما؛ فنصَّ أحمد في رواية مهنَّى على أنَّ أحدهما إذا قضى ما عليه ولم يقض الآخر؛ أنَّ الدَّار رهن على ما بقي(١).

وظاهر هذا: أنَّه جعل نصيب كلِّ واحد منهما(٢) رهنًا بجميع الحقِّ؛ توزيعًا للمفرد على الجملة، لا على المفرد، وبذلك جزم أبو بكر في «التَّنبيه»، وابن أبي موسى، وأبو الخطَّاب، وهو المذهب عند صاحب «التَّلخيص».

قال القاضي في «الخلاف»: هذا بناء على الرِّواية الَّتي تقول: إنَّ عقد الاثنين مع الواحد في حكم الصَّفقة الواحدة، فأمَّا إذا قلنا بالمذهب الصَّحيح: إنَّهما في حكم عقدين؛ كان نصيب كلِّ واحد منهما(٣) مرهونًا بنصف الدَّين.

قال: ويجوز أن يكون كلٌّ منهما لمَّا رهن صار كفيلًا عن صاحبه؛

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: من عبيد معيَّنين).

---

(١) ينظر: المغني (٤/ ٣٠١).
(٢) قوله: (منهما) زيادة من (أ).
(٣) قوله: (منهما) زيادة من (أ).

فلا ينفكُّ الرَّهن في نصيبه(١) حتَّى يؤدِّيَ جميع ما عليه.

وتأوَّله أيضًا في موضع آخر على أنَّ كلَّ واحد منهما كان كفيلًا ضامنًا عن صاحبه، فإذا قضى أحدهما؛ لم ينفكَّ حقُّه من الرَّهن؛ لأنَّه مطالب بما ضمنه، قال: وأمَّا إن لم يضمن كلُّ واحد منهما ما على صاحبه؛ فله الرُّجوع بقدر حصَّته.

وليس في كلام أحمد ما يدلُّ على الضَّمان، وقد نبَّه على ذلك الشَّيخ مجد الدِّين، وقال: على هذا[١] يصحُّ الرَّهن ممَّن ليس الدَّين عليه، وعلى الأوَّل لا يصحُّ.

وتأوَّل القاضي أيضًا في «المجرَّد»، وابن عقيل، وصاحب «المغني» كلام أحمد على أنَّ الرَّهن انفكَّ في نصيب الموفي للدَّين، لكن ليس للرَّاهن مقاسمة المرتهن؛ لما عليه من الضَّرر، لا بمعنى أنَّ العين تكون كلُّها رهنًا.

وبمثل ذلك تأوَّل صاحب «المغني» ما قاله أبو الخطَّاب والحلوانيُّ وغيرهما فيمن رهن عند رجلين، فوفَّى أحدهما؛ أنَّه يبقى جميعه رهنًا عند الآخر.

وتأويله على المنع من المقاسمة ضعيف؛ لوجهين:

أحدهما: أنَّ أحمد نصَّ على أنَّ الدَّار رهن على ما بقي.

---

[١] كتب على هامش (ن): (الإشارة إلى أنَّ الضَّمان ليس شرطًا في ذلك، والمراد بالأوَّل هو تأويل القاضي).

---

(١) في (ب): نصفه.

والثَّاني: أنَّ انفكاك أحد النَّصيبين وقبض صاحبه له لا يتوقَّف على المقاسمة؛ فإنَّ الشَّريك يقبض نصيبه من المشترك من غير اقتسام، ويكون قبضًا صحيحًا؛ إذ القبض يتأتَّى في المشاع.

ويشبه هذه المسألة ما إذا كاتب عبدين له صفقة بعوض واحد، ثمَّ أدَّى أحدهما حصَّته من الكتابة؛ هل يعتق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يعتق، وهو اختيار القاضي وأصحابه؛ لأنَّه أدَّى ما يخصُّه؛ فهو كما لو أدَّى أحد المشترِيَيْن حصَّته من الثَّمن؛ فإنَّه يتسلَّم نصيبه تسلُّمًا مشاعًا عند الأصحاب.

وما ذكره في «المغني» من منع التَّسليم[1] في هذه المسألة[2]؛ فهو يرجع إلى أنَّه لا يتسلَّم العين كلَّها، وهذا صحيح، وقد صرَّح[3] به القاضي في «الخلاف» و«الجامع الصَّغير».

والوجه الثَّاني: أنَّه لا يعتق واحد منهما حتَّى يؤدِّيا جميع مال الكتابة، وهو قول أبي بكر وابن أبي موسى، ونقل مهنَّى عن أحمد ما يشهد له.

واختلف في[4] مأخذه؛ فقيل: لأنَّ الكتابة عتقٌ[5] معلَّق بشرط؛ فلا يقع إلَّا بعد كمال شرطه، وهو ههنا أداء جميع المال.

---

(١) في (ب): التَّسلُّم.

(٢) قوله: (في هذه المسألة) سقط من (أ) و(و).

(٣) قوله: (وقد صرَّح) هو في (أ): وصرَّح.

(٤) قوله: (في) سقط من (ب).

(٥) قوله: (الكتابة عتق) هو في (ب) و(د): عتق الكتابة.

وهذا بعيد على أصل أبي[(١)] بكر؛ لأنَّه يرى أنَّ الكتابة عقد معاوضة محضة لا تعليق فيها بحال.

وقيل: لأنَّ كلَّ واحد منهما[(٢)] كفيلٌ ضامن عن صاحبه، فلا يعتق حتَّى يؤدِّيَ جميع ما عليه.

وقيل: لأنَّها صفقة واحدة، فلا تتبعَّض، وهذا قد يرجع إلى الضَّمان أيضًا، كأنَّه التزم كلُّ واحد منهما الألف عنه وعن صاحبه؛ فيكون توزيعًا للمفرد على الجملة؛ إذ لو لم يلزم أحدَهما أداءُ جميع المال؛ لما وقف عتقه على أدائه.

وقد اختلف كلام القاضي وابن عقيل في ضمان كلٍّ منهما عن الآخر، فنفياه تارة، وأثبتاه أخرى.

ونقل ابن منصور عن أحمد في رجل له على قوم حقٌّ، إن كتب في كتابهم: أيُّهم شئت أخذت بحقِّي: يأخذ أيَّهم شاء[(٣)].

ومفهومه: أنَّ الغرماء لا ضمان بينهم بدون الشَّرط بكلِّ حال[(٤)].

ومنها: لو وضع المتراهنان الرَّهن على يدي عدلين، وكان عينين منفردتين، أو كان ممَّا ينقسم؛ كالمكيل والموزون؛ فهل لهما اقتسامه وانفراد كلٍّ واحد منهما بحفظ نصفه أم لا؟ على وجهين:

---

(١) قوله: (أبي) سقط من (أ).
(٢) في (أ) و(ن): منهم.
(٣) مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٦٩).
(٤) قوله: (بكلِّ حال) هو في (ب): بحال.

أحدهما: يجوز ذلك، قاله القاضي في «المجرَّد»؛ توزيعًا للمفرد على المفرد؛ فيكون كلُّ واحد منهما أمينًا على نصفه، وصرَّح القاضي بذلك.

وعلى هذا: فلو دفع أحدهما النِّصف المقسوم الَّذي بيده إلى الآخر، فتلف في يده؛ فهل يضمنه؟ على احتمالين ذكرهما القاضي؛ لأنَّه انفرد به بعد القسمة، بخلاف ما إذا سلَّم الكلَّ قبل القسمة؛ فإنه لا يضمن، كذا قال القاضي.

وقال مرَّة أخرى: يضمن نصفه أيضًا.

والثَّاني: لا يجوز اقتسامه، بل يتعيَّن حفظه كلّه[1] على كلِّ واحد منهما مجتمعين، وهو قول القاضي في «خلافه»، وابن عقيل، وصاحبي «المغني» و«التَّلخيص»؛ لأنَّ المتراهنين إنَّما رضيا بحفظهما جميعًا؛ فلا يجوز لهما الانفراد؛ كالوصِيَّيْن والوكيلين في البيع.

وعلى هذا نخرِّج الوديعة لاثنين، والوصيَّة بالنِّسبة إلى الحفظ خاصَّة دون التَّصرُّف؛ فإنَّه لا يستقلُّ أحدهما بشيء منه.

وقد روي عن أحمد ما يدلُّ على جواز انفراد كلِّ واحد منهما بنصف التَّصرُّف، فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين: تصدَّقا عنِّي بألفي درهم من ثلثِي، فأخذ كلُّ واحد ألفًا فتصدَّق بها على حدة؛ ليكون أسهل عليهما؛ فلم ير به بأسًا.

وهذا قد يختصُّ بالصَّدقة؛ لحصول المقصود منها بالانفراد،

---

(١) قوله: (كلّه) سقط من (أ) و(د).

بخلاف غيرها من التَّصرُّفات الَّتي يقصد فيها[(١)] الحظُّ والغبطة والكسب[(٢)].

قال في «التَّلخيص»: (ولو وكَّل اثنين في المخاصمة؛ لم يكن لواحد الاستبداد بها؛ كالوصيَّين ووكيلي التَّصرُّف، ويحتمل أن يكون له؛ لأنَّ العرف في الخصومة يقتضيه، بخلاف غيرها) انتهى.

وقال أيضًا: (ولو تعدَّد المعيَّن؛ فاحتمالان). يعني: في تعدُّد الصَّفقة واتِّحادها.

ومنها: الضَّمان، فإذا ضمن اثنان دَيْن رجل لغريمه؛ فهل كلٌّ واحد منهما ضامن لجميع الدَّين أو بالحصَّة؟ على وجهين:

أحدهما: كلٌّ واحد منهما ضامن للجميع، نصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى في رجل له على رجل ألف درهم؛ فكفل بها كفيلان، كلٌّ واحد منهما كفيل ضامن؛ فأيُّهما شاء أخذ بجميع حقِّه[(٣)].

وكذلك قال أبو بكر فيمن قال في السَّفينة لرجل: ألقِ متاعك في البحر على أنِّي ورُكْبان السَّفينة ضمناء، فألقاه؛ ضمنه دونهم، إلَّا أن يتطوَّعوا بالضَّمان معه[(٤)].

وقد يكون مأخذ أبي بكر: أنَّ هذا من باب التَّغرير؛ فإنَّه إنَّما ألقاه ظنًّا منه أنَّ قيمته تُرَدُّ عليه اعتمادًا على قول هذا القائل؛ فلذلك لزمه

---

(١) في (ب) و(د) و(ن): بها.
(٢) في (ب) و(ن): والتكسب.
(٣) ينظر: المغني (٤/ ٤٢٢).
(٤) ينظر: المغني (٤/ ٤٢٢).

الضَّمان كلُّه.

وعلى هذا: فيفرَّق بين أن يكون صاحب المتاع عالمًا بالحكم أو جاهلًا به.

والوجه الثَّاني: أنَّ الضَّمان بالحصَّة إلَّا أن يصرِّحوا بما يقتضي خلافه، مثل أن يقولوا: ضمنَّا لك وكلٌّ واحد منَّا الألف الَّتي لك على فلان، فإنَّ كلَّ واحد يلزمه الألف حينئذٍ، وأمَّا مع إطلاق ضمان الألف منهم؛ فبالحصَّة، وهذا قول القاضي في «المجرَّد»، و«الخلاف»، وصاحب «المغني».

وذكر ابن عقيل في المسألة احتمالين، وبناه القاضي: على أنَّ الصَّفقة تتعدَّد بتعدُّد الضَّامنين؛ فيصير الضَّمان موزَّعًا عليهما.

وعلى هذا: فلو كان المضمون دينًا متساويًا على رجلين، فهل يقال: كلُّ واحد[١] منهما ضامن لنصف الدَّينين، أو كلٌّ منهما ضامن لأحدهما بانفراده؟

إذا قلنا: بصحَّة ضمان المبهم؛ يحتمل وجهين، والأوَّل أشبه بكلام الأصحاب.

وشبيه بهذه المسألة: ما إذا كفل اثنان شخصًا لآخر، فسلَّمه أحدهما إلى المكفول له؛ فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا؟ على وجهين:

أشهرهما: أنَّه لا يبرأ؛ لأنَّهما كفالتان، والوثيقتان إذا انحلَّت إحداهما بغير توفية؛ بقيت الأخرى؛ كالضَّامنين إذا أبرئ أحدهما،

---

(١) قوله: (واحد) سقط من (أ).

وهذا قول القاضي وأصحابه.

والثَّاني: يبرأ؛ لأنَّ التوفية قد وجدت بالتَّسليم[(١)]؛ فهو كما لو سلَّم المكفول نفسه، أو وفَّى أحد الضَّامنين الدَّين، وهو احتمال في «الكافي»، وقوَّاه الأزجيُّ في «نهايته»، وهو ظاهر كلام السَّامريِّ في «فروقه»، وهو يعود إلى أنَّها كفالة واحدة.

والأظهر: أنَّهما إن كفلا كفالة اشتراك بأن قالا: كفلنا لك زيدًا نسلُّمه إليك، فإذا سلَّمه أحدهما؛ برئ الآخر؛ لأنَّ التَّسليم الملتزم واحد؛ فهو كأداء أحد الضَّامنين للمال، وإن كفلا[(٢)] كفالة انفراد واشتراك؛ بأن قالا[(٣)]: كلُّ واحد منَّا كفيل لك بزيد؛ فكلٌّ منهما ملتزم له إحضارًا؛ فلا يبرأ بدونه ما دام الحقُّ باقيًا على المكفول؛ فهو كما لو كفلاه في عقدين متفرِّقين، وهذا قياس قول القاضي في ضمان الرَّجلين للدَّين.

واعلم أنَّ عقود التَّوثُّقات والأمانات إذا اشتملت على جمل؛ فإنَّه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو أجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها، أو على أجزاء العين المقابلة لها؛ فيقابل كلُّ مفرد لمفرد، أو كلُّ مفرد لجزء، أو كلُّ جزء لجزء.

ويمكن توزيع كلِّ فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة

---

(١) في (ب): بالتّسلُّم.
(٢) في (ب) و(د) و(و): كفلاه.
(٣) في (أ): قال.

الأخرى، أو أجزائها؛ فيثبت الاشتراك بالإشاعة، ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحدًا.

ويمكن أن يثبت حكم التَّوثقة والأمانة بكماله لكلِّ فرد فرد؛ فيكون ههنا عقود متعدِّدة.

وقد ذكرنا في هذه المسائل التَّفريع على هذه الاحتمالات الثَّلاث.

فأمَّا عقود التَّمليكات: فلا يتأتَّى فيها الاحتمال الثَّالث، ولو قيل بتعدُّد الصَّفقة فيها بتعدُّد المتعاقدين؛ لاستحالة أن يكون الملك ثابتًا في عين واحدة لمالكين على الكمال، وإنَّما يقع التَّردُّد فيها بين الاحتمالين الأوَّلين، ويستثنى من ذلك صورتان:

إحداهما: أن يوصي بعين لزيد، ثمَّ يوصي بها لعمرو، ونقول: ليس برجوع، كما هو المشهور من المذهب؛ فيكون كلٌّ منهما مستحقًّا للعين بكمالها، ويقع التَّزاحم فيها فيشتركان في قسمتها، فلو مات أحدهما قبل الموصي، أو رَدَّ؛ لاستحقها الآخر بكمالها.

والثَّانية: أن يقف على قوم معيَّنين أو موصوفين، ثمَّ على آخرين بعدهم؛ فإنَّ كلَّ واحد من الطَّبقة الأولى مستحقٌّ لجميع الوقف بانفراده، حتَّى لو لم يبق في الطَّبقة سواه؛ لاستحقَّ الوقف كلَّه، هكذا ذكره القاضي والأصحاب.

وقد نصَّ أحمد في رواية يوسف بن موسى ومحمَّد بن عبيد الله المنادي؛ فيمن وقف ضيعة على ولده وأولادهم وأولاد أولادهم أبدًا ما تناسلوا، فإن حدث بواحد منهم حدث الموت؛ دُفع ذلك إلى ولد ولده

- يعني: الواقف - وولد أولادهم يجري ذلك عليهم ما تناسلوا، وقد وُلد لهؤلاء القوم الَّذين وقف عليهم أولادٌ يدخلون مع آبائهم[(١)] في القسمة، أو يصير هذا الشَّيء إليهم بعد موت آبائهم، ومن مات منهم ولم يخلِّف ولدًا يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا؟ قال: يجري ذلك على الولد وولد الولد، يتوارثون ذلك حتَّى لا يكون للميِّت ولد، فيُردُّ على الباقين من إخوته[(٢)].

وظاهر كلامه: أنه[(٣)] يكون ترتيب أفراد بين كلِّ ولد ووالده؛ لقوله: (يتوارثون ذلك)، وجعل قول الواقف: (من مات عن ولد؛ فنصيبه لولده) مقتضيًا لهذا الترتيب، ومخصِّصًا لعموم أوَّل الكلام المقتضي للتَّشريك.

وقد زعم الشَّيخ مجد الدِّين أنَّ كلام القاضي في «المجرَّد» يدلُّ على خلاف ذلك، وأنَّه يكون مشتركًا بين الأولاد وأولادهم، ثم يضاف[(٤)] إلى كلِّ ولد نصيب والده بعد موته، وليس في كلام القاضي ما يدلُّ على ذلك لمن راجعه وتأمَّله.

وأمَّا قوله: (حتَّى لا يكون للميت ولد، فيردُّ على الباقين من إخوته) فيعني به: أنَّ من مات عن غير ولد؛ فنصيبه لإخوته، وهذا قد يدلُّ لما

(١) في (أ) و(ب): أولادهم. وفي هامش (ب): (أي: آبائهم)
(٢) ينظر: الوقوف والترجل للخلال (ص ٥٨).
(٣) في (أ) و(و): أنَّ.
(٤) في (أ): ويضاف.

ذكره الأصحاب: أنَّ من مات من طبقة؛ انتقل نصيبه إلى الباقين منها بإطلاق الوقف.

وقد يقال: لا دلالة فيه على ذلك؛ لأنَّ هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبدًا بالتَّشريك، فلو تركنا هذا؛ لشركنا بين البطون كلِّها.

لكنَّه استثنى من ذلك: أنَّ من مات عن ولد؛ فنصيبه لولده، ففهم منه: أنَّ الولد لا يستحقُّ مع والده، فبقي ما عداه داخلًا في عموم أوَّل الكلام، فاستحقاق الإخوة ههنا متلقًّى من كلام الواقف.

ومثل هذا لا نزاع فيه، إنَّما النِّزاع فيما إذا لم يدل كلام الواقف عليه.

ولا يقال: قد دلَّ كلام الواقف عليه حيث جعله بعد تلك الطَّبقة لطبقة أخرى، فلم يجعل للثَّانية حقًّا فيه مع وجود الأولى؛ فدلَّ على أنَّ الأولى هي المستحقَّة ما دامت موجودة؛ لأنَّه قد يجاب عنه: بأنَّ نفي استحقاق الثَّانية مع وجود الأولى لا يدلُّ على أنَّ الأولى هي المستحقَّة لجميعه؛ لجواز صرفه مصرف المنقطع، إلَّا أنَّ هذا بعيد من مقصود الواقف.

والأظهر من مقصوده ما ذكر، فعلى هذا يكون عوده إلى بقيَّة الطَّبقة مستفادًا من معنى كلام الواقف.

ويشبه ذلك: ما لو وقف على فلان، فإذا انقرض أولاده؛ فعلى المساكين، فهل يكون بعد موت فلان لأولاده، ثمَّ بعدهم للمساكين، أو يصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حتَّى ينقرض أولاده، ثمَّ

يصرف للمساكين؟ على وجهين مذكورين في «الكافي»، والأوَّل قول القاضي وابن عقيل.

ولنا في المسألة مسلك آخر، وهو أن يقال: الوقف تحبيس للمال في وجوه البرِّ، والموقوف عليهم هم المصرف المعيَّن لاستحقاقه، فلا يمتنع أن يستحقَّه كلُّ واحد منهم بانفراده، ويقع التَّزاحم فيه عند الاجتماع، بخلاف التَّمليكات المحضة، فإنَّه يستحيل أن يملك كلُّ واحد من المملَّكين جميع ما وقع فيه(١) التَّمليك.

وهذا على قولنا: إنَّ الموقوف عليه لا يملك عين الوقف؛ أظهر.

ويتعلَّق بهذا من مسائل التَّوزيع: ما إذا وقف على أولاده ثمَّ على أولاد أولاده أبدًا، فهل يقال: لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده إلَّا بعد انقراض جميع أولاده، أو ينتقل بعد كلِّ ولد إلى ولده؟

المعروف عند الأصحاب: الأوَّل، وهو الَّذي ذكره القاضي وأصحابه ومن اتَّبعهم.

وحكى الشَّيخ تقيُّ الدِّين رحمه الله وجهًا آخر بالثَّاني، ورجَّحه(٢).

فعلى الأوَّل؛ يكون من باب توزيع الجملة على الجملة.

وعلى الثَّاني؛ هو من باب توزيع المفرد على المفرد(٣).

---

(١) في (ب): به.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٣١/ ٨١).

(٣) قوله: (الفرد على الفرد) كذا في (أ)، وهو في (ب) وباقي النسخ: المفرد على المفرد.

ويشهد لهذا من كلام أحمد ما رواه عنه يوسف بن موسى ومحمد بن عبيد الله المنادي في رجل أوقف ضيعة، على أن لعلي بن إسماعيل رُبُعَ غلتها ما دام حيًّا، وربع منها لولد عبد الله، وولد محمد، وولد أحمد بينهم بالسَّويَّة، وإن مات علي بن إسماعيل؛ فوَزِّعوا هذين الرُّبعين بين ولده وولد الثَّلاثة المذكورين؛ ففعلوا ذلك، ثمَّ إنَّ بعض ولد علي بن إسماعيل مات وترك ولدًا؛ كيف يُصنع بنصيبه؟ يدفع إلى ولده، أو يردُّ على شركائه؟ ولم يقل الميِّت: إن مات علي بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده، إنَّما قال: ولد علي ابن إسماعيل.

قال أحمد: يدفع ما جعل لولد علي بن إسماعيل إلى ولده، فإن مات بعض ولد علي بن إسماعيل؛ دفع إلى ولده أيضًا؛ لأنَّه قال: بين ولد علي بن إسماعيل، وهذا من ولد علي بن إسماعيل[(١)].

فدلَّ هذا الكلام على أصلين:

أحدهما: أنَّ ولد الولد داخل في مسمَّى الولد عند الإطلاق.

والثاني: أنَّه إنما يستحقُّه ولد الولد بعد موت أبيه، ويختصُّ به دون طبقة أبيه المشاركين له، حيث ذكر أنَّ عليَّ بن إسماعيل توفي عن ولد، وأنَّ بعض ولده توفي عن ولد، ونقل إلى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشاركين للأب من إخوته.

ووجه هذا: أنَّه لمَّا رتَّب بين علي بن إسماعيل وولده، ولم يجعل لولده شيئًا إلَّا بعد موته؛ فكذلك ينبغي أن يكون التَّرتيب بين ولده وولد ولده.

---

(١) ينظر: الوقوف والترجل للخلال (ص ٥٧).

وهذا خلاف ما ذكره الأصحاب من الوجهين في كيفيَّة استحقاق ولد الولد إذا قيل بدخوله في مطلق الولد: هل يستحق مع الولد مشرَّكًا، أو بعد انقراض الولد كلِّهم مرتَّبًا ترتيب طبقة على طبقة؟ فإنَّ أحمد جعله مرتَّبًا ترتيب أفراد بين كلِّ ولد ووالده، فيؤخذ من ذلك: أنَّ من وقف على أولاده، ثمَّ على أولادهم أبدًا: أنَّه يكون مرتَّبًا بين كلِّ والد وولده، دون بقيَّة طبقته.

وقد يفرَّق بينهما: بأنَّ الوقف ههنا أوَّلًا كان بين شخص وولده؛ فرُوعِيَ هذا التَّرتيب في استحقاق ولده وولد ولده، وليس فيه طبقة بعد طبقة، ولكن سنذكر من كلام أحمد في مسألة التَّدبير ما يحسن تخريج هذا الوجه منه إن شاء الله تعالى.

ومنها: إذا علَّق طلاق نسائه، أو عتق رقيقه على صفات متعدِّدة، فوجد بعضها من بعض، وباقيها من بعض آخر؛ فهل يكفي في وقوع الطَّلاق والعتاق، مع قطع النَّظر عن الحنث بوجود بعض الصِّفة[١]؟

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال في «المحرَّر»: وإذا قال لامرأتيه: إن كلَّمتما زيدًا وعمرًا؛ فأنتما طالقتان، وقلنا: لا يحنث ببعض المحلوف عليه، فكلَّمت كلٌّ واحدة واحدًا منهما؛ طلقتا، وقيل: لا يقع شيء حتَّى تكلِّما كلَّ واحد منهما، كما لو قال: إن كلَّمتما زيدًا وكلَّمتما عمرًا، انتهى، فقد جعل الخلاف في ذلك مبنيًّا على القول بعدم الحنث ببعض المحلوف عليه، والمصنِّف جعل الخلاف في ذلك مع قطع النَّظر عن هذا الأصل، وفيه نظر، بل الظَّاهر وجوب مراعاة ذلك الأصل، فإن قلنا: يحنث بفعل بعض المحلوف عليه؛ فلا شكَّ في وقوع الطَّلاق إذن، وإن قلنا: لا يحنث =

فإنَّ للأصحاب في الاكتفاء ببعض الصِّفة في الطَّلاق والعتاق طرقًا ثلاثة:

إحداهنَّ: أنَّه يُكتفى بها كما يُكتفى بذلك في الحنث في اليمين، وهي طريقة القاضي، واستثنى من ذلك في «الجامع»: أن تكون الصِّفة معاوضة[(١)].

والثَّانية: لا يُكتفى بها وإن اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحنث؛ لأنَّ هذا شرط ومشروط، وعلَّة ومعلول؛ فلا يترتَّب الأثر إلَّا على تمام المؤثِّر، وهي طريقة ابن عقيل، وصاحب «المغني».

والثَّالثة: إن كانت الصِّفة تقتضي حضًّا أو منعًا، أو تصديقًا أو تكذيبًا؛ فهي كاليمين، وإلَّا فهي علَّة محضة؛ فلا بد من وجودها بكمالها، وهي طريقة صاحب «المحرَّر».

والقاضي يفرِّع على اختياره في هذه المسائل، فقال فيما إذا قال لعبيده: إذا أدَّيتم إليَّ ألفًا فأنتم أحرار؛ عَتق كلُّ واحد منهم بأداء حصَّته.

وكذلك إذا قال لعبيده: إذا دخلتم الدَّار؛ فأنتم أحرار؛ عَتق من

= بفعل البعض؛ وقع ههنا بناء على توزيع الأفراد على الأفراد، أو يقع بناء على مقابلة الجملة بالجملة).

(١) قوله: (واستثنى من ذلك في «الجامع»: أن تكون الصِّفة معاوضة) سقط من (أ) و(و).

دخل منهم؛ لأنَّ وجود الصِّفة تقوم مقام جميعها؛ فمتى أدَّى واحد منهم؛ عتق.

هكذا ذكره في باب الكتابة، وردَّه الشيخ مجد الدِّين، وقال: هو عندي خطأ يقينًا؛ لأنَّ هذه الصِّفة لا تشتمل على منع ولا حثٍّ.

وعندي: أنَّه لو صحَّ الاكتفاء ببعض الصِّفة ههنا؛ لم يصحَّ ما قاله القاضي، ولم يتفرَّع على الاكتفاء ببعض الصِّفة؛ إذ لو كان التَّفريع على ذلك؛ لعتقوا كلُّهم بأداء بعضهم لبعض الألف، وبدخول بعضهم الدَّار، وهذا خلاف قول القاضي.

وإنَّما يتوجَّه ما قاله القاضي على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات؛ فكأنَّه قال: من دخل منكم الدَّار فهو حرٌّ، ومن أدَّى إليَّ حصَّته من الألف فهو حرٌّ، وهذا لا تعلُّق له بمسألة الاكتفاء ببعض الصِّفة.

وكلام أحمد يدلُّ على اعتبار هذا التَّوزيع في مثل هذه التَّعليقات؛ فإنَّه نصَّ في رواية مهنى في عبد بين رجلين قالا له: إذا متنا فأنت حرٌّ، ثمَّ مات أحدهما؛ عتقت حصَّته فقط، فإذا مات الآخر عتقت حصَّته[(١)].

قال أبو بكر: لأنَّهما كالمعتَقَيْن على انفرادهما، وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى.

وتعليل أبي بكر يدلُّ على أنَّه جعله من باب توزيع المفرد على المفرد، كأنَّهما قالا: إن مات أحد منَّا فنصيبه منك حرٌّ.

---

(١) ينظر: المغني (١٠/ ٣٤٧).

وتأوَّل القاضي ذلك على أنَّ العتق حصل بوجود بعض الصِّفة.

وردَّه الشَّيخ مجد الدِّين؛ بأنَّ الصِّفة إنَّما يُكتفى ببعضها إذا كانت في معنى اليمين تقتضي حضًّا أو منعًا، وما لم يكن كذلك؛ كطلوع الشَّمس وقدوم زيد؛ فلا يكتفى فيه بالبعض، ونقل الإجماع عليه .

وهو مردود من وجه آخر، وهو أنَّه لو اكتفي ببعض الصِّفة؛ لعَتق العبدُ كلُّه عليهما بموت أحدهما، ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما، وإنَّما لم يَسْرِ إلى نصيب صاحبه لأحد أمرين؛ إمَّا لأنَّ السِّراية تمنع بعد الموت كما هو إحدى الرِّوايتين، أو لأنَّ التدبير يمنع السِّراية، وهو أحد الوجهين.

وخرجَّ الشَّيخ مجد الدِّين المسألة على روايتين من مسألة تعليق العتق على صفة بعد الموت؛ فإنَّ في صحَّته روايتين:

إحداهما: يصحُّ هذا التَّعليق؛ فلا يعتق منه شيء ههنا، حتَّى يموت الآخر منهما، فيعتق العبد كلُّه حينئذ.

والثَّانية: لا يصحُّ هذا التَّعليق؛ فلا يعتق به شيء من العبد ههنا؛ لأنَّ كلًّا منهما علَّق عتقه على موته وموت شريكه، ولا يوجد إلَّا بعد موته.

ولكن ههنا قد[1] يمكن اجتماع موتهما في آن واحد؛ فلا يتوجَّه إبطال التَّعليق من أصله، بخلاف قوله: إن دخلتَ الدَّار بعد موتي؛ فأنت حرٌّ.

(١) قوله: (قد) سقط من (أ) و(و).

ومن هذه المسائل: لو قال لزوجتيه: إن دخلتما هاتين الدَّارين، أو كلَّمتما زيدًا وعمرًا؛ فأنتما طالقتان، فكلَّمت إحداهما زيدًا، والأخرى عمرًا، أو دخلت كلٌّ واحدة منهما دارًا، وقلنا: لا يُكتفى ببعض الصِّفة؛ فهل يَطلُقان، أم لا؟

فيه وجهان، ذكرهما أبو الخطَّاب، ومن بعده من الأصحاب، وجعل أبو الخطَّاب المذهب الوقوع، وإنَّما ذكر الآخر تخريجًا[١].

ومذهب الحنفيَّة(١) والمالكيَّة(٢): الوقوع، وهو أحد وجهي الشَّافعيَّة(٣) مع قولهم وقول الحنفيَّة: إنَّ بعض الصِّفة لا يكفي في

[١] كتب في هامش (ج) و(هـ) و(د) و(ن): (ذكر القرطبيُّ في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبَا هَٰذِهِ ٱلشَّجَرَةَ﴾ [البَقَرَة: ٣٥]، لو قال لزوجتيه: إن دخلتما هذه الدَّار؛ فأنتما طالقتان، فدخلت إحداهما الدَّار، أنَّ ابن القاسم قال: لا يقع عليهما الطَّلاق، حتَّى تدخلا معًا، وقاله سحنون، وقال ابن القاسم مرَّة أخرى: تطلقان جميعًا بوجود الدُّخول من إحداهما؛ لأنَّ بعض الحنث حنثٌ، وقال أشهب: تطلق الَّتي دخلت؛ لأنَّ دخول كلِّ واحدة منهما شرط في طلاقها، والله أعلم).

وزاد في (ن): (نقلت من خطِّ من نقلها من خطِّ المصنِّف)، وكتب عليها بخط آخر: (وهي من النُّسخة المعتمدة، والظَّاهر أنَّ جميع الحواشي الثَّابتة فيها من خطِّ المصنِّف).

(١) المحيط البرهاني (٣/ ٣٩٣)، البحر الرائق (٤/ ١٥).

(٢) النَّوادر والزِّيادات (٤/ ٨٣)، الذخيرة (١١/ ١٢٢).

(٣) الحاوي الكبير (١٠/ ٢٩٠)، روضة الطالبين (٨/ ١٩٦).

الحنث؛ فعلم بذلك: أنَّ هذا ليس مفرَّعًا على الاكتفاء ببعض الصِّفة.

ويتخرَّج من مسألة التَّدبير السَّابقة: أن تطلُق ههنا كلُّ واحدة بدخول الدَّار عقيب دخولها، ولا يتوقَّف طلاقها على دخول الأخرى؛ لأنَّ معنى كلامه: من دخلت منكما دارًا من هاتين الدَّارين؛ فهي طالق.

ويتخرَّج من هذا القول ههنا فيما إذا قال لهما: إن حضتما فأنتما طالقتان، وجهٌ: أنَّ كلَّ واحدة تطلق بحيض نفسها، وألَّا يشترط ثبوت حيض كلِّ واحدة منهما بالنِّسبة إليهما، بل يكفي ثبوت حيضها[(١)] في حقِّها بإقرارها.

وكذلك في قوله: إن شئتما فأنتما طالقتان، فشاءت إحداهما، أو إن حلفتُ بطلاقكما؛ فأنتما طالقتان، ثمَّ حلف بطلاق إحداهما؛ أنَّها تطلق.

ومن العجب أنَّ القاضي لم يفرِّع شيئًا من هذه المسائل على اختياره في الاكتفاء بوجود بعض الصِّفة مطلقًا، سواء اقتضت حثًّا، أو منعًا، أو كانت تعليقًا محضًا، ومقتضى قوله: (أن تطلقا[(٢)]) ههنا معًا بوجود حيض إحداهما، ومشيئة إحداهما، والحلف بطلاق إحداهما في هذه المسائل.

ومنها: إذا قال لزوجاته الأربع: أوقعت بينكنَّ، أو عليكنَّ ثلاث تطليقات؛ فهل تقسم كلُّ طلقة على الأربع أرباعًا، ثمَّ تكمل، فتقع بهنَّ

(١) زاد في (أ): في نفسها.

(٢) في (أ) و(ج): يطلقا. وفي (و): يطلقان.

الثَّلاث جميعًا، أو توزَّع الثَّلاث على الأربع، فيلحق كلَّ واحدة ثلاثة أرباع طلقة، ثمَّ تكمل فتطلُق كل واحدة منهن طلقة؟ على روايتين:

والأولى: اختيار أبي بكر والقاضي.

والثَّانية: اختيار أبي الخطَّاب، وصاحب «المغني»؛ قال: (لأنَّ القسمة بالأجزاء إنَّما تكون في المختلفات؛ كالدُّور ونحوها، فأمَّا(١) الجمل المتساوية من جنسٍ كالنُّقود؛ فإنَّها تقسم برؤوسها، ويُكمَّل نصيب كلِّ واحد، كأربعة لهم درهمان صحيحان، يقسم لكلِّ واحد(٢) نصف من درهم واحد؛ فكذلك الطَّلقات).

ويمكن الأوَّلين الجواب عن هذا: بأنَّ هذه القسمة لا تمنع الاشتراك في الاستحقاق من كلِّ جزء، ولهذا قيل في قسمة الأموال المشتركة: إنَّها بيع، ومتى ثبت استحقاق(٣) كلِّ واحد من الشُّركاء لجزء من كلِّ عين قبل القسمة؛ توجَّه وقوع الطَّلاق الثَّلاث هنا بكلِّ واحدة؛ كما لو مات زوج المرأة، وخلَّف إخوتها أرقَّاء مع عبيد أخر؛ فإنَّه يعتق عليها(٤) من كلِّ أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث، وإن كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع.

ولو قال: أنتنَّ طوالق ثلاثًا؛ طلقن كلُّهنَّ ثلاثًا ثلاثًا، نصَّ عليه في

(١) في (أ): وأمَّا.
(٢) في (أ): واحدة.
(٣) في (أ): استحقاقها.
(٤) قوله: (عليها) سقط من (أ).

رواية ابن منصور(١)، ولم يذكر القاضي فيه خلافًا؛ لأنَّه أضاف الثَّلاث إلى الجميع، وفي الصُّورتين الأوليين أرسل الثَّلاث بينهنَّ، أو عليهنَّ.

ويتوجَّه تخريج الخلاف فيها أيضًا؛ لأنَّ إضافة الثَّلاث إليهنَّ لا ينافي أن توزَّع الثَّلاث على مجموعهنَّ، لا على كلِّ واحدة منهنَّ.

وممَّا يدخل في هذا الباب: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التّوبة: ٦٠] الآية؛ فهل المراد توزيع مجموع الصَّدقات على مجموع الأصناف، أو كلِّ فرد من أفراد الصَّدقات على مجموع الأصناف؟

وينبني على ذلك: مسألة وجوب استيعاب الأصناف بكلِّ صدقةٍ صدقة، وفي ذلك روايتان؛ أشهرهما: أنَّه غير واجب.

وهل يجب على الإمام إذا اجتمعت عنده الصَّدقات أن يعمَّ الأصناف منها، أم لا؟

قال ابن عقيل: يجب ذلك؛ لتحصل التَّوفية باستيعاب الأصناف بمجموع(٢) الصَّدقات كما دلَّت عليه الآية.

وقال القاضي: يستحبُّ ذلك ولا يجب؛ لأنَّ حقَّ بقيَّة الأصناف يسقط بإعطاء الملَّاك لهم، وأيضًا؛ فليس في الآية إيجاب الاستيعاب بصدقات كلِّ عام؛ فيجوز تعويضهم في عام آخر.

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٤/ ١٧٤٢): (قلت: رجل له أربع نسوة، فقال لهن: أنتن طوالق ثلاث تطليقات؟ قال أحمد: ما أرى إلا بِنَّ منه).

(٢) في (أ): مجموع. وفي (ن): لمجموع.

وممَّا يدخل فيه أيضًا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] الآية؛ هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين بمجموع نسائهم، وتوزيع كلِّ مظاهر على زوجته، أو مقابلة كلِّ فرد من المظاهرين بمجموع نسائه المظاهر منهنَّ؟

قرَّر أبو الخطَّاب وغيره من أصحابنا الثَّاني، واستدلَّ به على أنَّ المظاهَرة من جميع الزَّوجات بكلمة واحدة لا توجب سوى كفَّارة واحدة.

وكذلك قال في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣] إلى آخرها: إنَّ المراد: حرمت على كلِّ واحد بناته، وأخواته، وعمَّاته، وخالاته، فأمَّا الأمَّهات فجعلها من مقابلة الأفراد بالأفراد، قال: لأنَّه لمَّا لم يتصوَّر أن يكون للواحد أُمَّان؛ علم أنَّه أراد الواحد في مقابلة الواحد، وأمَّا ما احتمل الجمع في مقابلة الواحد؛ فإنَّه يحمل عليه.

والأظهر - والله أعلم -: أنَّ الكلَّ ممَّا قوبل فيه الواحد بالواحد، والجملة بالجملة، وأنَّ المعنى: حرِّمت على كلِّ واحد أمُّه وبنته وأخته؛ إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع؛ لحرم على كلِّ واحد أمَّهات الجميع وبناتهم، وهو باطل قطعًا.

قاعدة [١١٤]

إطلاق الشَّركة؛ هل تنزَّل على المناصفة، أم هو مبهم يفتقر إلى تفسير؟

فيه وجهان، ذكرهما صاحب «التَّلخيص» في البيع.

والَّذي ذكره الأصحاب في الإقرار: أنَّه مبهم، وكذلك صرَّح به ابن عقيل في «نظريَّاته» مختارًا له.

وقال القاضي في «المجرَّد» في البيع، وفي «خلافه» أيضًا: ينزل على المناصفة[١].

وهل يقال باستحقاق الشَّريك من كل جزء جزءًا، أو بالتَّشاطر؟ يحتمل وجهين، وكلام الأصحاب يدلُّ على التَّشاطر.

ويتفرع على هذا مسائل:

منها: لو قال لمشتري سلعةٍ: أشركني في هذه السِّلعة؛ فهل يصحُّ، وينزل على المناصفة، أم لا للجهالة؟ على وجهين، ذكرهما في «التَّلخيص»[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (الَّذي نصره القاضي في مسألة الإقرار في «خلافه»: الإبهام، قال: وكذلك لو قال: له فيه شركة، أو هو شريكي، أو قال: قد أشركتك في هذا العبد، وحكي القول بالتنصيف عن أبي حنيفة).

[٢] كتب على هامش (ن): (صرَّح القاضي أبو عليٍّ في كتابه «التَّبصرة»: أنَّ =

والمجزوم به في «المجرَّد»: الصِّحَّة؛ تنزيلًا على المناصفة.

ومنها: لو قال: هذا العبد شركة بيني وبين فلان، أو هو شريكي فيه؛ فوجهان:

المجزوم به في الإقرار: الإبهام، ويرجع في تفسيره إليه، وهو اختيار ابن عقيل.

وقال القاضي في «خلافه»: هو بينهما نصفين[١].

ومنها: لو أوقع طلاقًا ثلاثًا بامرأة له، ثمَّ قال لأخرى: أشركتك معها، فإن قلنا بالمناصفة؛ اقتضى وقوع ثنتين، وإن قلنا بالإبهام؛ لم يقع أكثر من واحدة؛ لأنَّها اليقين، إلَّا أن يفسِّره بأكثر من ذلك(١).

ويحتمل أن يقع ثلاثًا؛ بناءً على أن الشَّركة تقتضي الاستحقاق من كلِّ جزء.

وقد يقال: هذا إنَّما يمكن في التَّمليكات دون الطَّلاق، فإنَّ حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لا يمكن؛ فحمل على استحقاق نظيره[٢].

= الاشتراك يقتضي التَّساوي في مسألة إذا باعه جارية بألف ذهبًا وفضَّة، وصرَّح فيها أيضًا بأنَّ الإقرار يكون مبهمًا لا يتنزَّل على المناصفة).

[١] كتب على هامش (ن): (يراجع الحاشية السَّابقة آنفًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (هذا هو الظَّاهر الَّذي ينبغي الاعتماد عليه كما يفهم من كلام الأصحاب، ويقتضي كلام المصنِّف أنَّ المعتمد هو ما قدمه، وهو خلاف كلامهم، فليتأمَّل).

---

(١) قوله: (إلَّا أن يفسِّره بأكثر من ذلك) سقط من (ب).

أمَّا لو تعدَّد الشُّركاء؛ فهل يقال: يستحقُّ الشَّريك مثل نصف ما لهم، أو مثل واحد منهم؟ على وجهين، ذكرهما القاضي في البيع، وبنى عليهما: لو اشترى اثنان شيئًا، ثمَّ أشركا ثالثًا فيه؛ فهل له نصفه، أو ثلثه؟ على وجهين.

وخرَّج صاحب «التَّرغيب»، والشَّيخ مجد الدِّين في «المسوَّدة» مثل الوجهين، فيما إذا قال لثلاث نسوة: أوقعت بينكنَّ طلقة، ثمَّ قال لرابعة: أشركتكِ معهنَّ؛ هل يقع بها واحدة، أو طلقتين؟ على الوجهين.

قاعدة [١١٥]

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعدًا؛ نوعان:

أحدهما: ما يقع استحقاق كلٍّ واحد بانفراده لجميع الحقِّ، ويتزاحمون فيه عند الاجتماع.

والثاني: ما يستحقُّ كلُّ واحد من الحقِّ بحصَّته خاصَّةً[١].

وللأوَّل أمثلة كثيرة:

منها: الشُّفعاء المجتمعون، كلٌّ منهم يستحقُّ الشُّفعة بكمالها، فإذا عفا أحدهم عن حقِّه؛ توفَّر على الباقين.

ومنها: غرماء المفلس الَّذي لا يفي ماله بدين كلٍّ واحد على انفراده، وهم كالشُّفعاء.

ومنها: الأولياء المتساوون في النِّكاح.

ومنها: العصبات المجتمعون في الميراث[٢].

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: سواء زاحمه غيره أم لا).

[٢] كتب على هامش (ن): (لكن يخالف العصبة مسألة الشُّفعاء والغرماء من جهة: أنَّه لو ردَّ أحدهم لم يتوفَّر نصيبه على بقيتهم؛ لأنَّ ملكه ثبت فيه قهرًا، فلا يزول إلَّا بموجِب شرعيٍّ، وتجرُّد الرَّد لا يصلح رافعًا للملك المستقرِّ).

ويتفرَّع على ذلك: لو اجتمع ابنان، نصف كلِّ واحد منهما حرٌّ؛ فهل يستحقَّان المال كلَّه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يستحقَّان جميع المال، رجَّحه القاضي، والسَّامريُّ، وطائفة من الأصحاب.

وله مأخذان:

أحدهما: جمع الحريَّة فيهما؛ فيكمل بها حريَّة ابن، وهو مأخذ أبي الخطَّاب وغيره[١].

والثَّاني: أنَّ حقَّ كلِّ واحد منهما مع كمال حريَّته في جميع المال لا في نصفه، وإنَّما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له، وحينئذ؛ فقد أخذ كلُّ واحد منهما نصف المال هنا، وهو نصف حقِّه مع كمال حريَّته؛ فلم يأخذ زيادةً على قدر ما فيه من الحريَّة.

والوجه الثَّاني: لا يستحقَّان المال كلَّه؛ لئلا تستوي حال حريَّتهما الكاملة والمبعَّضة.

وهل يستحقَّان نصفه تنزيلًا لهما حالين[٢]، أو ثلاثة أرباعه تنزيلًا

---

[١] كتب على هامش (ن): (والمأخذ الأوَّل ليس من تفاريع هذه القاعدة في شيء، وإنَّما يتفرَّع عليها المأخذ الثَّاني).

[٢] كتب على هامش (ن): (بأن يقول لهما: تستحقَّان بكمال حريَّتكما المال كلَّه، فينصفهما نصفه، وأمَّا تنزيلهما ثلاثة أحوال، فبأن نقول لكلِّ واحد منهما: لك بتقدير حريَّتك وانفرادك المال، وعلى تقدير حريَّتك مع حريَّة أخيك نصفه، فقد حجبك بحريَّته عن النَّصف، فيحجبك بنصف حريَّته عن =

لهما ثلاثة أحوال؟ على وجهين.

ولو كان ابنٌ نصفه حرٌّ مع أمٍّ؛ فعلى هذا المأخذ(١)؛ يتوجَّه أن يأخذ نصف المال كلِّه، وهو أحد الوجوه للأصحاب، ورجَّحه الشَّيخ تقيُّ الدِّين، وذكر أنَّه اختيار أبيه.

وقيل: يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأمِّ[١]، وهو اختيار أبي بكر والقاضي في «خلافه».

وقيل: يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحريَّة، وهو هنا ربع وسدس، وهو الَّذي ذكره إبراهيم الحربيُّ في «كتاب الفرائض»، واختاره القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وصاحب «المحرَّر»؛ لأنَّ القدر الَّذي حجب عنه الأم يستحقُّه كلَّه، وإنَّما يتنصَّف عليه ما عداه.

ومنها: ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون في فرض واحد؛ كالزَّوجات والجدَّات.

ويتفرع على هذا: إذا اجتمعت جدَّتان؛ أمُّ أمٍّ، وأمُّ أب مع ابنها الأب، وقلنا: إنَّه يحجبها؛ فهل تستحق أمُّ الأمِّ السُّدس كلَّه، أو نصفه؟ على وجهين:

= الرُّبع، فيبقى معك على تقدير حريَّتك ورقِّ نصف أخيك ثلاثة أرباع المال، فلك بنصف حريَّتك نصفه وهو ربع وثمن).

[١] كتب على هامش (ن): (لأنَّ له تقدير حريَّته الباقي بعد فرض الأمِّ، فيكون له هنا بنصف حريَّته نصف الباقي بعد فرضها، قال في «المحرَّر»: وفيه بعد).

---

(١) في (ب) و (ج) و (ن): المأخذ الثَّاني في الوجه الأوَّل. مكان قوله: (المأخذ).

أصحُّهما: أنَّها تستحقُّ السُّدس كلَّه؛ لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه.

والثَّاني: تستحقُّ نصفه، وله مأخذان:

أحدهما: أن أمَّ الأب تحجبها عن السُّدس إلى نصفه، ولا أثر لكونها محجوبة، كما يحجب ولد الأمِّ الأمَّ مع انحجابهم بالأب.

وفيه نظر؛ فإنَّ حجب الجدَّة للجدَّة إنَّما هو بطريق المزاحمة، ولا مزاحمة هنا، وحجب الإخوة للأمِّ ليس بالمزاحمة؛ فإنَّهم لا يشاركونها في فرضها، وإنَّما وجودهم مقتضٍ لتنقيص فرضها.

والثَّاني: أنَّ أمَّ الأب لها مع أمِّ الأمِّ نصف السُّدس، فلمَّا حَجَب الأبُ أمَّه؛ توفر ذلك عليه، لا على الأخرى.

ورُدَّ: بأنَّ ولد الأمِّ يحجبون الأمَّ عن السُّدس، ثمَّ لا يأخذونه، بل يتوفَّر على الأب.

وقد يجاب عنه: بأنَّ ولد الأمِّ لمَّا كانوا محجوبين بالأب؛ توفَّر ما حجبوا عنه الأمَّ على من حجبهم، وهو الأب، كذلك هنا.

ومنها: الوصايا المزدحمة في عين أو مقدار من المال، فإنَّ حقَّ كلِّ واحد منهم في مجموع وصيَّته، وإنَّما يأخذ دون ذلك للمزاحمة، فإذا ردَّ بعضهم[١]؛ توفَّر على الباقين.

وإن أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض؛ فهل يعطى المجاز له القدر الَّذي كان يأخذه في حال الإجازة للكلِّ، أو يكمل له الجزء

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بعض الموصى لهم).

المسمَّى في الوصية كلُّه(١) إن أمكن؛ لقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله إليه بزوال المزاحمة بالرَّدِّ على غيره[١]؟ فيه وجهان:

صحَّح صاحب «المحرر» الثَّاني.

ومن رجَّح الأوَّل قال: القدر المزاحم به كان حقًّا للمزاحِم، فإذا ردَّه الورثة عليه؛ توفَّر عليهم، لا على الوصيَّة الأخرى.

ويشهد للأوَّل[٢] ما ذكره الخرقيُّ، وابن حامد، والقاضي، والأصحاب: فيمن وصَّى لرجل بعبد قيمته ثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، فإن أجاز الورثة؛ فللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه(٢)؛ لمزاحمة

---

[١] كتب على هامش (ن): (مثال ذلك: أن يخلِّف ابنين ويوصي بالكلِّ والثُّلث، فمسألة الرَّدِّ من اثني عشر، لصاحب الكلِّ ثلاثة، ولصاحب الثُّلث سهم، ولكلِّ ابن أربعة، ثمَّ من أجاز لصاحب الثُّلث دون صاحب الكلِّ؛ أعطاه نصف تتمة الربع على الوجه الأول، ونصف تتمة الثلث على الثاني، ومن أجاز منهما لصاحب الكل دون صاحب الثلث؛ أعطاه ثلاثة أرباع ما يزيده على الأوَّل وعلى الثَّاني جميع ما في يده؛ لأنه لا يبلغ نصف تتمة الكلِّ، وهو الواجب عليه لو أمكن).

[٢] كتب على هامش (ن): (كذا وقع، وصوابه: الثَّاني).

---

(١) في (ب) و (ج): له.

(٢) قوله: (ثلاثة أرباعه) كذا في (د) و(هـ)، والذي في (أ) و (ب) و(ج) و(و): ربعه. والمثبت موافق لما في المغني (٦/ ٢٢٦)، والمحرر (١/ ٣٨٩)، والفروع (٧/ ٤٨١).

قال الزركشي (٤/ ٣٩٦): (وإنما كان له ربع العبد، وللموصى له بالعبد ثلاثة =

الآخر له فيه، ولصاحب الثُّلث ربع العبد وثلث باقي المال، وإن ردُّوا قُسم الثُّلث بينهما نصفين؛ فيأخذ صاحب وصيَّة العبد بقدر سدس المال كلِّه من العبد، ويأخذ الآخر سدس العبد وسدس باقي المال؛ لزوال المزاحمة بالرَّدِّ، فأمكن وصول كلٍّ منهما إلى نصف ما سمِّي له كاملًا؛ فلا ينقص منه.

وخرَّج صاحب «المحرر» وجهًا آخر من الوجه الثَّاني[١] في المسألة الَّتي قبلها[٢]: أنه يقسم الثُّلث بينهما على حسب ما كانا يقتسمان وصيَّتهما حال الإجازة؛ فيفضل نصيب صاحب الثُّلث على نصيب صاحب العبد، وهو اختيار صاحب «المغني»؛ تسوية بينهما في الرَّدِّ والإجازة.

وفي تخريج هذا من المسألة الَّتي قبلها نظر؛ لأنَّ الورثة هناك قد يكون مقصودهم بالرَّدِّ على أحدهما توفير ما كان يأخذه بالمزاحمة عليهم، كما لو أجازوا لصاحب الوصيَّة بالكلِّ، وردُّوا على الموصى له

[١] كتب على هامش (ن): (كذا وقع، وصوابه: الأوَّل).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: في «المحرَّر» لا هنا، وهي إذا أوصى بالكلِّ والثُّلث).

= أرباعه؛ لأن مقتضى وصية صاحب الثلث أن يكون له ثلث العبد، ومقتضى وصية صاحب العبد أن يكون له جميعه، فقد تضمنت الوصية قسمة العبد على أربعة أثلاث، وهو أربعة أرباع، وليس طرح وصية أحدهما بأولى من الأخرى، فيجعل الثلث ربعًا؛ كمسائل العول).

بالثُّلث؛ فلو أعطينا صاحب الكلِّ ما ردُّوه على صاحب الثُّلث؛ لم يبق في ردِّهم فائدة لهم، وهنا لا يخرج عنهم سوى الثُّلث[١]، فينبغي أن يقتسمه الوصيَّتان[٢] على قدرهما[٣]؛ عملًا بمراد الموصي من التَّسوية، حيث أمكن، ولا ضرر على الورثة في ذلك.

ومنها: استحقاق الغانمين من الغنيمة، متى ردَّ أحدهم؛ توفَّر على الباقين، وسواء قلنا: ملكوه بالاستيلاء، أو لم يملكوه.

ومنها: الموقوف عليهم، إذا ردَّ بعضهم؛ توفَّر على الباقين؛ كما لو مات بعضهم، وقد سبقت.(١)

ومنها: حدُّ القذف الموروث لجماعة؛ يستحقُّه كلُّ واحد بانفراده، فلو أسقطه بعضهم؛ فللباقين استيفاؤه.

وأمَّا النَّوع الثَّاني؛ فله أمثلة:

منها: عقود التَّمليكات المضافة إلى عدد؛ فيملك كلُّ واحد منهم بحصَّته؛ لاستحالة أن يكون كلُّ واحد منهم مالكًا لجميع العين.

ثمَّ ههنا حالتان:

---

[١] كتب على هامش (ن): (كان الأولى أن يقال: وهنا يخرج عنهم الثُّلث على كلِّ حال، سواء فضَّلنا صاحب الثُّلث على صاحب العبد أو لا، فلا فائدة لهم في ذلك على كلا الوجهين).

[٢] في (ن): الوصيَّان. وكتب على هامش (ن): (أي: الموصى لهما).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: قدر وصيَّتهما).

---

(١) ينظر: قاعدة (٧٠)، (١/ ٥٠٨).

إحداهما: أن يكون التَّمليك بعوض؛ مثل أن يبيع من رجلين عبدًا، أو عبدين بثمن، فيقع الشِّراء بينهما نصفين، ويلزم كلَّ واحد نصف الثَّمن، وإن كان لاثنين عبدان مفردان، لكل واحد عبد، فباعاهما من رجلين صفقةً واحدةً، لكلِّ واحد عبدًا معيَّنًا بثمن واحد؛ ففي صحَّة البيع وجهان:

أصحُّهما - وهو المنصوص -: الصحَّة، وعليه؛ فيقتسمان الثَّمن على قدر قيمتي العبدين.

وذكر القاضي وابن عقيل وجهًا آخر: أنَّهما يقتسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين؛ تخريجًا من أحد الوجهين فيما إذا تزوَّج أربعًا في عقد بمهر واحد، أو خالعهنَّ بعوض واحد: أنَّه يكون بينهنَّ أرباعًا.

وهو ههنا بعيد جدًّا؛ لأنَّ البضع ليس بمال محض؛ فكيف يسوَّى[١] به الأموال المبتغى بها الأرباح والتَّكسُّب؟!

وخرَّجاه أيضًا في الكتابة، وهو أقرب من البيع؛ إذ الكتابة فيها معنى العتق.

الحالة الثَّانية: أن يكون بغير عوض، مثل أن يهب لجماعة شيئًا، أو يملِّكهم إيَّاه عن زكاة، أو كفَّارة مشاعًا؛ فقياس كلام الأصحاب في التَّمليك بعوض: أنَّهم يتساوون في ملكه.

وحكى صاحب «المغني» فيما إذا وضع طعامًا في الكفَّارة بين يدي عشرة مساكين، فقال: هو بينكم بالسَّويَّة، فقبلوه، ثلاثة أوجه:

(١) في (ب) و(و) و(ن): تسوَّى.

إحداها - وهو الَّذي جزم به أوَّلًا -: أنَّه يجزئه ؛ لأنَّه ملَّكهم التَّصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة، كما لو دفع دين غرمائه بينهم.

والثَّاني - وحكاه عن ابن حامد -: يجزئه وإن لم يقل بالسَّويَّة؛ لأنَّ قوله: خذوها عن كفَّارتي؛ يقتضي التَّسوية؛ لأنَّ ذلك حكمها.

والثَّالث - وحكاه عن القاضي -: أنَّه إن علم أنَّه وصل إلى كلِّ واحد قدر حقِّه؛ أجزأ، وإلَّا لم يجزئ.

هذا ما ذكره، وأصل ذلك ما قال القاضي في «المجرَّد»: إذا أفرد ستِّين مدًّا، وقال لستِّين مسكينًا: خذوها، فأخذوها، أو قال: كلوها، ولم يقل بالسَّويَّة، أو قال: قد ملَّكتكموها بالسَّويَّة، فأخذوها ؛ فقال شيخنا أبو عبد الله[1]: يجزئه ؛ لأنَّ قوله خذوها عن كفَّارتي يقتضي التَّسوية؛ لأنَّ حكم الكفَّارة أن تكون بينهم بالسَّويَّة، فإن عرف أنَّها وصلت إليهم بالسَّويَّة؛ أجزأه، وإن علم التَّفاضل؛ فمن حصل معه الفضل؛ فقد أخذ زيادة، ومن أخذ أقلَّ؛ كان عليه أن يكمله، وإن لم يعلم كيف وصل إليهم؛ لم يجزئه، وعليه استئنافها ؛ لأنَّه لم يعلم قدر ما وصل إلى كلِّ واحد منهم بعينه. انتهى.

فحكى الكلَّ عن ابن حامد، وصاحب «المغني» جعل الإجزاء مطلقًا قول ابن حامد، واعتبار الوصول قول القاضي، وليس كذلك.

وكذلك استشكل الشَّيخ مجد الدِّين ما وقع في «المجرَّد»، وقال: (لعلَّه وقع غلط في النُّسخة)، وليس كذلك أيضًا[2]؛ فإنِّي نقلت ما ذكرته

---

(١) يعني: الحسن بن حامد شيخ القاضي.

(٢) قوله: (أيضًا) سقط من (أ).

من أصل القاضي بخطِّه.

ثمَّ قال: (وعندي أنَّا إن قلنا: ملكوها بالتَّخلية، وأنها قبض؛ أجزأته بكلِّ حال). قال: (ولعلَّ هذا اختيار ابن حامد).

وهذا بعيد جدًّا، بل اختيار ابن حامد عكسه، وأنَّ الهبة والصَّدقة لا تملك بدون قبض، وقد قدَّمنا ذلك عنه في مسائل القبوض، وأنَّ القبض في المنقول بالنَّقل، فيتوجَّه على هذا: أنَّه لا بدَّ من تحقُّق قبض كلِّ واحد لمقدار ما يجزئ دفعه إليه؛ لأنَّه لم يملكه بدونه، ولا عبرة بالإيجاب لهم بالسَّويَّة.

وما حكاه القاضي عن ابن حامد يشعر بأنَّ إطلاق قوله: خذوا هذا، أو هو لكم؛ لا يحمل على التَّسوية؛ فإنَّه إنَّما علَّل بأنَّ التسوية حكم الكفَّارة، وهذا مخالف لما قرَّره[١] في عقود المعاوضات.

وأمَّا ما حكاه في «المغني» من طرد الخلاف فيما لو قال: هو بينكم بالسَّويَّة، أو اقتصر على قوله: هو بينكم؛ فليس ذلك في كلام القاضي.

ويتخرَّج ذلك على أصل، وهو أنَّ إطلاق البينيَّة هل تقتضي التَّساوي، أم لا؟ وفي المسألة وجهان:

أحدهما: أنَّه يقتضيه، وهو الَّذي ذكره الأصحاب في مسألة[٢] المضاربة إذا قال: خذ هذا المال فاتَّجر به، والربح بيننا؛ أنَّهما يتساويان فيه .

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): قرَّروه.
(٢) قوله: (مسألة) سقطت من (ب) وباقي النسخ.

وصرَّح القاضي، وابن عقيل، والأصحاب في مسألة المضاربة: بأن إطلاق الإقرار بشيء أنَّه بينه وبين زيد يتنزَّل على المناصفة أيضًا.

وكذلك صرَّحوا به في الوصايا إذا قال: وصَّيت لفلان وفلان بمائةٍ بينهما، أنَّ لكلِّ واحد خمسين.

ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن قال: بين فلان وفلان مائة درهم، وأحدهما ميِّت: ليس للحيِّ إلَّا خمسون درهمًا، وكذا لو قال: لفلان وفلان مائة درهم، وأحدهما ميِّت، وأنكر قول سفيان بالتَّفرقة بينهما(١).

وهذا تصريح بأنَّ إطلاق الوصيَّة لفلان وفلان تتنزَّل على التَّساوي، كما لو قال: بينهما.

والوجه الثَّاني: أنَّ إطلاق البينيَّة لا يقتضي التَّساوي، وبه جزم القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «عُمَده» في مسألة الإقرار في كتاب البيع، وكذلك ذكره أبو الخطَّاب في الإقرار، وصاحبا «المغني» و«المحرر».

ومنها: القصاص المستحقُّ لجماعة بقتل موروثهم، يستحقُّ كلُّ واحد منهم بالحصَّة؛ فمن عفا منهم؛ سقط حقُّه، وسقط الباقي؛ لأنَّه لا يتبعَّض.

وههنا صور مختلف فيها؛ هل تلحق بالنَّوع الأوَّل، أو الثَّاني؟ كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد؛ كالمشتركين في قتل

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٣٣٠).

آدميٍّ، أو صيد محترم[١]، أو في الوطء في الحجِّ، أو الصِّيام ؛ هل تتعدَّد عليهم الدِّيات، والجزاء، والكفَّارة؟

وكذلك عقود التوثُّقات؛ كالرَّهن، والضَّمان والكفالة، وقد سبق ذكرها[٢].

(١) في (أ): محرم. وفي (د): بحرم.

(٢) ينظر: القاعدة (١١٣).

قاعدة [١١٦]

من استند تملُّكه إلى سبب مستقرٍّ لا يمكن إبطاله، وتأخَّر حصول الملك عنه؛ فهل تنعطف أحكام ملكه إلى أوَّل وقت انعقاد السَّبب، وتثبت أحكامه من حينئذ، أم لا تثبت إلَّا من حين ثبوت الملك؟ فيه خلاف.

وللمسألة أمثلة كثيرة:

منها: ملك الشَّفيع إذا أخذ بالشُّفعة، وثَمَّ نخل مؤبَّر كان وقت البيع غير مؤبَّر، وفيه وجهان سبق ذكرهما[١].

ومنها: ملك الموصى له إذا قبل بعد الموت؛ فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا؟ وفيه خلاف معروف.

ومنها: إذا تملَّك المالك للأرض زرعَ الغاصب بنفقته بعد بدوِّ صلاحه؛ فهل تجب زكاته عليه، أم على الغاصب؟ على وجهين، وقد سبق في بيع الثَّمرة قبل بدوِّ صلاحها بشرط القطع نحو ذلك(١).

[١] كتب على هامش (ن): (ينظر أين سبق ذكرهما، فإنِّي لم أقف عليه).

ينظر: آخر القاعدة (٨١)، (٢/ ٧٠).

(١) ينظر: القاعدة (٨١)، (٢/ ٦٠).

ومنها: الفسخ بالعيب والخيار؛ فإنَّه يستند إلى مقارن للعقد؛ فهل هو رفع للعقد من أصله، أو من حينه؟ وفيه خلاف معروف.

ومنها: دية المقتول؛ هل تحدث على ملك الوارث؛ لأنَّها تجب بعد الموت، أو على ملك الموروث[١]؛ لأنَّ سببها وجد في حياته؟ على روايتين معروفتين.

وحكى ابن الزَّاغونيِّ في «الإقناع» الرِّوايتين في القصاص أيضًا؛ هل هو واجب للورثة ابتداءً، أو موروث عن الميِّت؟

ومنها: إذا انعقد سبب الملك أو الضَّمان في الحياة، وتحقَّق بعد الموت؛ كمن نصب شبكة، فوقع فيها صيد بعد موته، أو عثر بها إنسان، وفيه خلاف سبق ذكره.[٢]

ومنها: إذا كاتب عبدًا، ثمَّ مات، ولم يؤدِّ إليه شيئًا، فأدى إلى ورثته، وعتق؛ فهل الولاء للسيِّد الَّذي كاتبه؛ لانعقاد سببه في ملكه، أو للورثة المؤدَّى لهم؛ لتحقُّق السَّبب في ملكهم؟ على روايتين، والمذهب: أنَّ الولاء للسيِّد الأوَّل.

ومنها: إذا كاتب المكاتَب عبدًا، فأدَّى إليه، وعتق قبل أدائه، أو أعتقه بمال، وقلنا: له ذلك؛ ففي ولائه وجهان:

أحدهما: أنَّه للسيِّد الأوَّل، وهو محكيٌّ عن أبي بكر؛ لثبوت الولاء

---

[١] كتب على هامش (و): (وهو الصحيح).

[٢] كتب على هامش (ن): (يكشف محله مما سبق، فإني لم أقف عليه)، ينظر: القاعدة (٨٩)، (٢/ ٢١٠).

على هذا العتيق في حال ليس مولاه من أهل الميراث، فاستقرَّ لمولى المولى.

والثَّاني: هو موقوف، فإن أدَّى المكاتب الأوَّل وعتق؛ فالولاء له؛ لانعقاده له قبل عتقه، وهو قول القاضي في «المجرد».

ورجَّح في «الخلاف» قول أبي بكر، حتَّى حكى عنه: أنَّه لو عتق[(١)] المكاتب الأوَّل قبل الثَّاني؛ فالولاء للسَّيِّد؛ لانعقاد سبب الولاء له، حيث كان المكاتب ليس أهلًا له.

وكلام أبي بكر إنَّما يدلُّ على استقرار الولاء للسَّيِّد إذا وقعت الكتابة أو العتق المنجز بإذنه، وأمَّا ما وقع بغير إذنه؛ فالعتق عنده موقوف على أداء المكاتب الأوَّل؛ فينبغي أن يكون الولاء له كولاء ذوي رحمه الَّذين اشتراهم في حال الكتابة.

وأمَّا العبد القنُّ إذا أَعتق بإذن سيِّده ممَّا ملَّكه، وقلنا: يملكه؛ فحكى صاحب «المغني» عن طلحة العاقوليِّ من أصحابنا[(٢)]: أنَّه موقوف، فإن عتق؛ فالولاء له، وإن مات قنًّا؛ فهو للسَّيِّد.

وفي «المجرَّد» للقاضي: أنَّ الولاء للسَّيِّد مطلقًا.

ونص أحمد في رواية ابن منصور في عبد أَذِنَ له سيِّده أن يبتاع عبدًا

---

(١) في (أ): أعتق.

(٢) هو طلحة بن أحمد بن طلحة بن أحمد الكندي العاقولي، الفقيه القاضي أبو البركات، قرأ على القاضي أبي يعلى وحضر درسه الفقه، وروى عنه الجامع الصغير، وقرأ الفقه على القاضي يعقوب، وهو من متقدمي أصحابه، وكان عارفًا بالمذهب، حسن المناظرة، توفي سنة ٥١٢هـ. ينظر: ذيل الطبقات ١/ ٣١٠.

ويعتقه: أنَّ ولاءه للسَّيِّد[١]، وقال: إذا أذنوا له؛ فكأنهم هم المعتقون.

وهذا يدلُّ على الفرق بين عتق المكاتب بإذن سيِّده، وعتقه بدونه كما سبق.

ويحتمل أن يكون مخرَّجًا على قوله: إنَّ العبد لا يملك، وأنَّه أعتقه بإذن سيِّده بطريق الوكالة، ثمَّ ليس في نصِّه أنَّ العبد عتق بعد ذلك، وإنَّما فيه أنَّ سيِّده باعه.

ويشبه هذه المسائل: إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة، وأسلمن معه، واختار منهنَّ أربعًا؛ انفسخ نكاح البواقي، وهل يبتدئن العدَّة من حين الاختيار؛ لأن نكاحهنَّ إنَّما انفسخ به، أو من حين الإسلام؛ لأنَّه السبب؟ على وجهين.

فأمَّا تصرُّف الفضوليِّ إذا قلنا: يقف على الإجازة؛ فأجازه من عقد له؛ فهل يقع الملك فيه من حين العقد حتَّى يكون النَّماء له، أم من حين الإجازة؟ على وجهين:

أحدهما: من حين العقد[٢]، وبه قطع القاضي في «الجامع»، وصاحب «المغني» في مسألة نكاح الفضولي.

والثَّاني: من حين الإجازة، وبه جزم صاحب «النِّهاية»، ولكن السَّبب هنا غير مستقرٍّ؛ لإمكان إبطاله بالرَّدِّ.

---

(١) في (أ): الولاء للسيد.

(٢) في (ب) و(و): الملك. وكتب على هامش (و): (صواب العبارة: الملك من حين العقد).

ويشهد للوجه الثَّاني: أنَّ القاضي صرَّح بأن حكم الحاكم بمختلف فيه إنَّما يفيد صحَّة المحكوم به وانعقاده من حين الحكم، وقبل الحكم كان باطلًا[(١)].

---

(١) من قوله: (ويشهد للوجه الثَّاني) إلى هنا سقط من (ب).

ويلتحق بهذه القاعدة:

العبادات الَّتي يكتفى بحصول بعض شرائطها في أثناء وقتها إذا وجد الشَّرط في أثنائها؛ فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطه من ابتدائها، أم لا؟ فيه خلاف أيضًا[(١)].

وينبني عليه مسائل:

منها: إذا نوى الصَّائم المتطوِّع الصَّوم في[(٢)] أثناء النَّهار؛ فهل يحكم له بحكم الصِّيام من أوَّله، أو من حين نواه، فلا يثاب على صومه إلَّا من حين النِّيَّة؟ على وجهين، والثاني ظاهر كلام أحمد.

ومنها: إذا بلغ الصَّبيُّ، أو عتق العبد، وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف؛ فهل يجزئهما عن حجَّة الإسلام؟ على روايتين؛ أشهرهما: الإجزاء.

فقيل: لأنَّ إحرامهما انعقد مراعًى؛ لأنَّه قابل للنَّقل والانقلاب.

وقيل: بل يقدَّر ما مضى منه؛ كالمعدوم، ويكتفى بالموجود منه.

وقيل: إن قلنا: الإحرام شرط محض؛ كالطَّهارة للصَّلاة؛ اكتفي بالموجود منه، وإن قيل: هو ركن؛ لم يكتف به.

---

(١) قوله: (أيضًا) سقط من (ب).

(٢) في (ب) و(ج) و (د) و(هـ) و(و): من.

قاعدة [١١٧]

كلُّ عقد معلَّقٍ يختلف باختلاف حالين، إذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في الآخر؛ فهل يغلب عليه جانب التَّعليق، أو جانب الوقوع؟

في المسألة قولان؛ إلَّا أن يفضي اعتبار أحدهما إلى ما هو ممتنع شرعًا[١]؛ فيلغى.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: الوصيَّة لمن هو في الظَّاهر وارث؛ فيصير عند الموت غير وارث، أو بالعكس، والمذهب: أنَّ الاعتبار بحال الموت، ولم يحك الأكثرون فيه خلافًا؛ فإنَّ الوصيَّة للوارث لا يمكن أن تلزم، والوصيَّة للأجنبيِّ بالثُّلث فما دون لا يمكن أن تقف على الإجازة[٢].

ومنهم من حكى خلافًا ضعيفًا في الاعتبار بحال الوصيَّة، كما حكى أبو بكر وأبو الخطَّاب رواية: أنَّ الوصيَّة في حال الصِّحَّة من رأس المال.

[١] كتب على هامش (ن): (كما إذا كانت الصِّفة المعلَّق عليها: عتق عبده في حال صحَّته، إذا وجدت في مرضه من فعل السَّيِّد).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: ما دام الوارث وارثًا، والأجنبيُّ أجنبيًّا، وقوله: «فإنَّ الوصيَّة ...» إلى آخره؛ بيان لاختلاف الوصيَّة باختلاف حال الموصى له من كونه وارثًا وأجنبيًّا).

ولا يصحُّ عن أحمد، وإنَّما أراد به العطيَّة المنجزة، كذلك قال القاضي وغيره.

ومنها: إذا علَّق عتق عبده في صحَّته بشرط، فوجد في مرضه؛ فهل يعتق من الثُّلث، أو من رأس المال؟ على وجهين، وحكى القاضي في «خلافه» روايتين.

واختيار أبي بكر وابن أبي موسى: أنَّه يعتق من الثُّلث.

وهذا إذا لم تكن الصِّفة واقعة باختيار المعلِّق، فإن كانت من فعله؛ فهو من الثُّلث بغير خلاف، وقد نصَّ عليه أحمد في رواية صالح: إذا قال لامرأته: أنتِ كذا وكذا إن لم أخرج إلى البصرة، وقال: لم تكن لي نيَّة في تعجيل ذلك؛ فلا تطلق حتَّى يكون في وقت لا يقدر أن يخرج[١].

وكذلك لو قال: غلامه حرٌّ إن لم يفعل كذا وكذا، فلم يكن له نيَّة؛ فلا يعتق حتَّى يكون في وقت لا يقدر أن يفعل الَّذي قال.

فإذا طلقت؛ ورثته واعتدَّت، وإذا عتق؛ كان من ثلثه.

وهكذا حكم ما إذا أعتق حملَ أمتِه في صحَّته، ثمَّ وضعته في مرضه، وقلنا: لا يعتق الحمل إلَّا بعد الوضع.

ومنها: إذا علَّق طلاق امرأته في صحَّته على صفة، فوجدت في مرضه، ولم يكن من فعله؛ فهل ترث أم لا؟ على روايتين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وذلك قبل موته بمقدار وقتٍ لا يتَّسع لخروجه إلى البصرة).

والمنصوص: أنَّها ترثه في رواية صالح ومهنَّى[(١)].

والأخرى مخرَّجة من مسألة قذفها في الصِّحَّة، وملاعنتها في المرض.

ومنها: إذا أوصى[(٢)] إلى فاسق، فصار عدلًا عند الموت؛ فهل تصحُّ الوصيَّة بناءً على قولنا: لا يصحُّ الإيصاء[(٣)] إلى الفاسق؟ على وجهين.

ومنها: لو أوصى له بدار، ثمَّ انهدم بعض بنائها قبل الموت؛ فهل يدخل تلك الأنقاض[(٤)] في الوصيَّة؟ على وجهين.

وكذلك الوجهان لو زاد فيها بناءً لم يكن حال الوصيَّة، ذكر ذلك أبو الخطَّاب.

ومنها: لو قال العبد: متى ملكت عبدًا فهو حرٌّ - وقلنا: يصحُّ هذا التَّعليق من الحرِّ؛ كما هو المشهور من المذهب - ثمَّ عتق، ثمَّ ملك عبدًا؛ فهل يعتق؟ على وجهين.

ولو وصَّى المكاتب بشيء، ثمَّ عتق قبل موته؛ فهل تصحُّ وصيَّته؟ خرَّجها الشَّيخ مجد الدِّين على الوجهين.

ومنها: لو قال العبد لزوجته: إن دخلت الدَّار فأنت طالق ثلاثًا، ثمَّ عتق، ثمَّ دخلت الدَّار؛ فهل تطلق ثلاثًا، أو اثنتين، حيث لم يكن مالكًا

---

(١) لم نجدها في مسائل صالح المطبوعة، وأما رواية مهنى فقد نقلها القاضي في الروايتين والوجهين (٢/ ٧٠).

(٢) في (أ): وصَّى.

(٣) قوله: (الإيصاء) سقط من (ب)، وهو في (و): الوصية.

(٤) في (أ): الأبعاض.

حال التَّعليق لأكثر منها؟ على وجهين.

ومنها: لو علَّق طلاق امرأته قبل الدُّخول على قدوم زيد - مثلًا -، ثمَّ دخل بها، ثمَّ قدم زيد وهي حائض[١]؛ فإنَّه يقع الطَّلاق بدعيًّا لا بمعنى الإثم به، بل بمعنى أمره بالمراجعة فيه.

ولو كان قد علق طلاقًا أو غيره على طلاق البدعة؛ ترتَّب عليه، ولم يحك الأصحاب فيه خلافًا.

ولو قال: إن قمت فأنت طالق، فقامت وهي حائض؛ فهل يكون بدعيًّا؟

قال في «الانتصار»: مباح(١)، وفي «التَّرغيب»: لقصدها لزوم رجعتها بقيامها، بخلاف قدوم زيد؛ لعدم قصدها فيه؛ بدعيٌّ(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (تقييده بما قبل الدُّخول لكونها حينئذ لا سنَّة ولا بدعة لطلاقها، وكذلك لو كانت مدخولًا بها وهي حامل قد استبان حملها فوضعت، ثمَّ قدم زيد وهي حائض، وكذا لو كانت صغيرة مدخولًا بها فبلغت وحاضت، وقدم زيد وهي حائض).

---

(١) قوله: (مباح) هو في (أ) و(د): يحتمل وجهين.
(٢) قوله: (وفي «التَّرغيب»: لقصدها لزوم) من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و). وذُكر مصححًا في (ب)، وكتب في هامشها: (هذا التَّعليل وجد بخط المصنَّف). وقوله: (بدعي) سقط من (ن).
وكتب على هامش (ن): (من قوله: "لقصدها.." إلى آخره، بخطِّ المصنِّف، ولم يدر الكاتب محلَّها).
وعُلِّق على ذلك: (وليس ذلك ثابتًا في النُّسخة المعتمدة أصلًا، فلعل المؤلف كتب ذلك في بعض النُّسخ).

قاعدة [١١٨]

تعليق فسخ العقد وإبطاله بوجوده: إن كان فيه مقصود معتبر شرعًا؛ صحَّ، وإلَّا لم يصحَّ؛ إذ لو صحَّ؛ لصار العقد غير مقصود في نفسه، هذا مقتضى قواعد المذهب.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: إذا علَّق الطَّلاق بالنِّكاح؛ فالمذهب المنصوص(١): أنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّ النِّكاح لا يقصد للطَّلاق عقيب العقد.

واختلفت الرِّواية عنه(٢) فيمن حلف لزوجته ألَّا يتزوَّج عليها بتعليق طلاق من يتزوَّجها عليها بنكاحها؛ هل يصحُّ، أم لا؟ على روايتين؛ لأنَّ هذا فيه حقٌّ للزَّوجة، فيصير مقصودًا، كما لو شرط ألَّا يتزوَّج عليها.

فمن الأصحاب من خصَّ الخلاف بهذه الصُّورة، ولم يخرِّج، ومنهم من خرَّج في الكلِّ روايتين.

هذا كلُّه إذا لم تكن حالة التَّعليق في نكاحه؛ فإن كانت في نكاحه

---

(١) في (أ): فالمذهب المقتضى المنصوص. وفي (هـ): المنصوص عن أحمد. وينظر: مسائل صالح (٢/ ٣٣٢)، مسائل عبد الله (ص ٣٥٧).

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ١٤١).

حينئذ، وعلَّق طلاقها على نكاح آخر يوجد؛ فنصَّ أحمد في رواية ابن منصور وغيره على أنَّه يصحُّ هذا التَّعليق[١]، وحكاه القاضي في «المجرَّد» عن أبي بكر، ورجَّحه ابن عقيل؛ لأن التَّعليق هنا في نكاح، ومن أصلنا أنَّ الصِّفة المطلقة تتناول جميع الأنكحة بإطلاقها، وتعود الصفة فيها؛ فكيف إذا قيِّدت بنكاح معيَّن.

ولو علَّقه في مِلك يمينه لأمته على نكاحها بعد عتقها؛ فنصَّ أحمد في رواية ابن هانئ على أنَّه يصحُّ[٢]، معلِّلا بأنَّ ملك اليمين كالنِّكاح في استباحة الوطء؛ فلا يكون التَّعليق فيه كتعليق نكاح الأجنبيَّة.

وكذلك نصَّ[٣] فيمن أعتق أمته، ثمَّ قال لها متَّصلًا بعتقها: إن نكحتك فأنت طالق: أنه يصحُّ؛ لأنَّه[٤] في هذه الحال يملك عقد النِّكاح عليها قهرًا، فلم تنقطع آثار الملك فيه بالكلِّيَّة؛ فلذلك انعقدت فيه الصِّفة.

ومنها: تعليق العتق بالملك، والمذهب المنصوص: صحَّته؛ لأنَّ الملك يراد للعتق، ويكون مقصودًا، كما في شراء ذي الرَّحم وغيره.

والخلَّال وصاحبه لا يثبتان في المذهب في ذلك خلافًا، وابن حامد والقاضي يحكيان روايتين.

---

(١) لم نجده في مسائل ابن منصور، وينظر: الاختيارات للبعلي (ص ٣٧٦).

(٢) ينظر: مسائل ابن هانئ (١/ ٢٣٥-٢٣٦).

(٣) ينظر: مسائل ابن هانئ (١/ ٢٣٦).

(٤) قوله: (لأنَّه) سقط من (أ) و(د).

ومنها: تعليق النَّذر بالملك؛ مثل: إن رزقني الله مالًا، فلله عليَّ أن أتصدَّق به، أو بشيء منه؛ فيصحُّ، ونقل الشَّيخ تقيُّ الدِّين عليه الاتِّفاق[(١)]، وقد دلَّ على ذلك قوله تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَّنْ عَاهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ﴾ [التوبة: ٧٥] الآية[(٢)].

ومنها: تعليق فسخ الوكالة على وجودها، وتعليق الوكالة على فسخها؛ كالوكالة الدَّوريَّة، وقد ذكر صاحب «التَّلخيص»: أنَّ قياس المذهب صحَّة ذلك؛ بناءً على أنَّ الوكالة قابلة للتَّعليق عندنا، وكذلك فسخها.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: لا يصحُّ؛ لأنَّه يؤدِّي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمة، وذلك تغيير[(٣)] لقاعدة الشَّرع، وليس مقصود المعلِّق إيقاع الفسخ، وإنَّما قصده الامتناع من التَّوكيل وحلُّه قبل وقوعه، والعقود لا تفسخ قبل انعقادها.[(٤)]

ومنها: تعليق فسخ البيع بالإقالة على وجود البيع[(٥)]، أو تعليق فسخ النِّكاح بالعيب على وجود النِّكاح، وقد صرَّح الأصحاب ببطلان ذلك، منهم: القاضي، وابن عقيل، وأبو الخطَّاب، معلِّلين بأنَّه رفع للعقد قبل عقده.

---

(١) ينظر: الاختيارات للبعلي (ص ٣٧٧).
(٢) في (ب) و(د) و(و) و(ن): الآيات.
(٣) في (ب): تغيُّر.
(٤) لم نجده في شيء من كتب شيخ الإسلام، وقد نقله عنه صاحب المبدع (٤/ ٣٣٢).
(٥) في (أ) و(د) و(هـ): المبيع.

ومنهم من يعلِّل بأنَّ الفسوخ لا تقبل التَّعليق، وقد صرَّح كثير منهم؛ كالقاضي، وأبي الخطَّاب، وابن عقيل، وصاحب «المغني» بهذا المأخذ، وهو مخالف لما نصَّ عليه أحمد في مسألة: إن جئتني بالثَّمن إلى كذا وكذا، وإلَّا فلا بيع بيننا، أنَّه يصحُّ[(١)]، ويكون تعليقًا للفسخ على شرط.

وقد صرَّح القاضي بجوازه في البيع خاصَّة في «خلافه»، ومن المتأخِّرين من صرَّح به في فسخ الإجارة أيضًا.

ومنها: تعليق فسخ التَّدبير بوجوده، وصرَّح[(٢)] القاضي في «المجرَّد» بامتناعه فيما إذا قال لأمته المدبَّرة: كلَّما ولدت ولدًا؛ فقد رجعت في تدبيره، فقال: لا يكون رجوعًا؛ لأنَّ الرُّجوع إنَّما يصحُّ في تدبير موجود، وهذا بعدُ ما خلق؛ فكيف يكون رجوعًا؟ كما لو قال لعبده: متى دبَّرتك؛ فقد رجعت؛ لم يصحَّ. هذا لفظه.

---

(١) ينظر: المغني (٣/ ٥٠٤)، وفي مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٢٥): قلت: سئل سفيان عن رجل باع شيئًا، فقال: إن لم تحمله غدًا فلا بيع بيني وبينك؟ قال: (لا أرى هذا شيئًا، والبيع جائز). قال أحمد: (هو على شرطه).

(٢) في (أ): وصرح به.

قاعدة [١١٩]

إذا وجدنا لفظًا عامًّا قد خصَّ بعض أفراده بحكم موافق للأوَّل، أو مخالف له؛ فهل يُقضى بخروج الخاصِّ من العامِّ وانفراده بحكمه المختصِّ به، أو يُقضى بدخوله فيه فيتعارضان مع اختلاف الحكم، ويتعدَّد سبب الاستحقاق مع اتِّفاقه؟

هذا على قسمين:

أحدهما: أن يكون الخاصُّ والعامُّ في كلام واحد متَّصل؛ فالمذهب: أنَّه يفرد الخاصُّ بحكمه، ولا يُقضى بدخوله في العامِّ، وسواء كان ذلك الحكم ممَّا يمكن الرُّجوع عنه كالوصايا، أو لا يمكن كالإقرار.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: لو قال: هذه الدَّار لزيد، ولي منها هذا البيت؛ قُبِلَ، ولم يدخل البيت في الإقرار، صرَّح به الأصحاب.

ويجيء على اختيار ابن عقيل في مسألة (كان له عليَّ وقضيته) أنَّه لا يقبل منه في القضاء: ألَّا يقبل ههنا إفراد البيت؛ لأنَّ مأخذه: أنَّ المعطوف بالواو جملة مستقلَّة غير مرتبطة بما قبلها؛ فهي دعوى مستقلَّة؛ كما قالوا في قوله: (أنت طالق وعليك ألف): إنَّها تطلق بغير

عوض، بخلاف الاستثناء والصِّفات؛ فإنَّها مع ما قبلها شيء واحد.

والصَّحيح الأوَّل، وأنَّ المعطوف بالواو مع المعطوف عليه في حكم الجملة الواحدة، وهو المنصوص عن أحمد.

وأمَّا: أنت طالق وعليك ألف؛ ففيها روايتان.

ومأخذ الوقوع بغير عوض غير ما ذكروه [١].

ومنها: لو وصَّى لزيد بشيء، وللمساكين بشيء، وهو مسكين؛ فإنَّه لا يستحقُّ مع المساكين من نصيبهم شيئًا، نصَّ عليه أحمد في رواية ابن هانئ(١) وعليِّ بن سعيد.

ونقل القاضي فيما قرأته بخطِّه: الاتِّفاق على أنَّ زيدًا لا يستحقُّ من وصيَّة المساكين في مثل(٢) هذه الصُّورة؛ وإن كان مسكينًا.

مع أنَّ ابن عقيل في «فنونه» حكى عنه أنَّه خرَّج وجهًا آخر

[١] كتب على هامش (ن): (وهو أنَّه لم يجعل الألف عوضًا للطَّلاق ولا شرطًا فيه، إنَّما عطفه على الطَّلاق الَّذي يمكن إيقاعه، فوقع ما يملكه، ولم يلزم ما جعله عليها، كما لو قال: أنت طالق وعليك الحج، وحاصله أنَّ قوله: ولي هذا البيت، بعد قوله: هذه الدَّار لزينب؛ خاص ورد بعد عام، فأمكن الجمع بينهما بذلك، وقوله: وعليكِ ألف بعد: وأنت طالق، يقتضي رفع ما أوقعه جميعه بأمر ليس إليه).

(١) مسائل ابن هانئ (٢/ ٤٨).

(٢) قوله: (مثل) سقط من (ب) و(ن).

بمشاركتهم إذا كان مسكينًا [١].

ومنها: لو وصَّى لزيد بخاتم، وبفصِّه لآخر، أو وصَّى لرجل بعبد، وبمنافعه لآخر، أو لأحدهما بالدَّار، ولآخر بسكناها، ونحو ذلك، بلفظ لا يقتضي انفراد كلِّ واحد بما وُصِّي له به صريحًا؛ فقال أبو بكر في «الشَّافي»: لكلِّ واحد منهما ما وُصِّي له به لا يشاركه الآخر فيه.

وحمله الشَّيخ مجد الدِّين على أنَّه كان في كلام واحد متَّصل، وأخذه من مسألة الإقرار السَّابقة.

والمنصوص عن أحمد ههنا التَّوقُّف، قال مهنَّى: سألت أبا عبد الله عن رجل أوصى بعبد لرجل، ثمَّ أوصى به لآخر؛ قال: هذه مشكلة، فقلت له: فإنَّ ناسًا يقولون: يكون العبد بينهم نصفين، قال: لا.

فقلت له: فإنَّه أوصى بدار لرجل وأوصى بغلَّتها لآخر، فقال: هذه مثل تلك.

فقلت لأبي عبد الله: فإنَّه(١) أوصى بخاتمه لرجل وأوصى بالفصِّ لآخر، فقال: وهذه أيضًا مثل تلك، ولم يخبرني فيهم بشيء.

فتوقَّف في المسألة، وأنكر قول من قال بالاشتراك في العبد إذا

[١] كتب على هامش (ن): (سيأتي أنَّ وجه التَّخريج عامل الزَّكاة حيث يستحقُّ الأخذ مع عمالته بفقره، وقد يفرَّق بينهما: بأنَّ ما يأخذه العامل أجرة عمله ليس للمواساة، وما يأخذه لفقره للمواساة، بخلاف مسألة زيد فإنَّ ما عُيِّن وصيَّة كالَّذي للمساكين).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): إنَّه.

أُوصِيَ به لاثنين، وجعل حكم الوصيَّة بالدَّار وغلَّتها، والخاتم وفصِّه؛ حُكْمَ الوصيَّة بعبد لاثنين؛ فدلَّ على أنَّه لا اشتراك في الفصِّ والغلَّة[١].

وظاهر كلامه: أنَّه[٢] يكون للموصى له به بخصوصه، لكن هذا قد يكون مأخذه أنَّ الوصيَّة الثَّانية رجوع عن الأولى، كما أشعر به كلامه في العبد[٣].

والمشهور في المذهب: أنَّ الوصيَّة بعين مرَّةً لرجل، ومرَّةً لغيره؛ لا يكون رجوعًا، بل يشتركان فيها، كما نصَّ عليه أحمد في الوصيَّة بالأجزاء المنسوبة؛ كالثُّلث ونحوه(١)[٤].

ومنها: لو وصَّى بثلثه لرجل، ووصَّى لآخر بمقدَّر منه، فقال(٢)

---

[١] كتب في هامش (ن): (لكن ظاهر نصه أن الوصيتين في وقتين مختلفين؛ لقوله: «ثم أوصى به لآخر» بخلاف مسألة الفص والغلة).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: الفص والغلة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: حيث نفى الشَّركة فيه).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: إذا أوصى به لاثنين مرتَّبين؛ لم تكن الوصيَّة به للثاني رجوعًا عن الوصيَّة به للأوَّل، بل يشتركان فيه، فكذلك الوصيَّة بالعين).

---

(١) جاء في مسائل صالح (٣/ ١٨٩): (قلت: الرجل يوصي بثُلُث ماله، ولآخر بماله؟ قال: من أربعة؛ لهذا ثلاثة، ولهذا واحد).

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): قال.

أحمد في رواية الحسن بن ثواب في رجل قال: ثلثي هذا لفلان، ويعطى فلان منه مائة درهم في كلِّ شهر إلى أن يموت؛ قال: هو للآخر منهما، قيل[(١)]: كيف؟ قال: لأنَّ الوصيَّة رجعت إلى الَّذي قال: ويعطى هذا منه كلَّ شهر، وإذا مات هذا وفضل شيء؛ يردُّ إلى صاحب الثُّلث[(٢)].

ظاهر هذه الرِّواية يدلُّ على تقديم الوصيَّة بالمقدَّر على الوصيَّة بالجزء المنسوب؛ لأنَّهما كالخاصَّة والعامَّة.

وكتب القاضي بخطِّه على حاشية «الجامع» للخلَّال: ظاهر كلام أحمد أنَّ الوصيَّة الثَّانية تقتضي الرُّجوع عن الأولى؛ لأنَّ الثَّانية تستغرق جميع المال؛ إذ العمر ليس له حدٌّ معروف، قال: وقد قيل: لا يكون رجوعًا، ويقسم الثُّلث على أربعة: للموصى له بالثُّلث سهم، وثلاثة للآخر، كما لو وصَّى لرجل بماله ولآخر بثلثه، انتهى.

وكِلَا الوجهين المذكورين فيهما ضعف؛ لأنَّ أحمد[(٣)] ردَّ الفاضل عن النَّفقة إلى الأوَّل، وهذا يبطل أنَّه رجوع، ولأنَّ الوصيَّة للثَّاني إنَّما هي من الثُّلث؛ فكيف تكون وصيَّة بالمال كلِّه؟! فيتعيَّن حملها على ما قدَّمناه أوَّلًا[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو أنَّ الوصيَّة بالمقدَّر تقدم على الوصيَّة بالثُّلث).

---

(١) في (أ): قال.
(٢) ينظر: المغني (١٠/ ٩٩).
(٣) قوله: (لأنَّ أحمد) هو في (ب) و(ن): لأنَّه.

فأمَّا المسألة الَّتي ذكرها الخرقيُّ في كتابه، وهي: إذا أوصى لرجل بعينٍ(١) من ماله؛ كعبد، ولآخر بجزء مشاع منه؛ كالثُّلث، وأنَّ الوصيَّتين تزدحمان في المعيَّن مع الإجازة، كما لو وصَّى به لاثنين، وتبعه على ذلك ابن حامد، والقاضي، والأصحاب؛ فهذا قد(٢) يحمل على ما إذا كانت الوصِيَّتان في وقتين مختلفين، ولا إشكال على هذا[١].

وإن حُمل على إطلاقه - وهو الَّذي اقتضاه كلام الأكثرين -؛ فهو وجه آخر، ونصوص أحمد وأصوله تخالفه؛ كنصِّه في رواية مهنَّى في الوصيَّة بالعبد لاثنين[٢]، ونصِّه على أنَّ من أوصى لزيد بشيء، ولجيرانه

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: "ولا إشكال على هذا"؛ لأنَّهما إذا كانا في وقتين؛ دخل المعيَّن في عموم ماله الموصى بثلثه، فيزدحمان، وإذا كانا في وقت واحد؛ فالظَّاهر عدم الدُّخول، فلا مزاحمة، وذلك لأنَّ إفراد بعض أفراد العام بحكم يرجِّح كون ذلك الفرد لم يرد شمول العموم، بخلاف ما إذا كانا في وقتين؛ فإنَّه لا ترجيح هناك، بل الظَّاهر ثبوت الحكمين له، ومن ذلك استحقاق العامل بعمله وفقره، والوارث بقرابتيه).

[٢] كتب على هامش (ن): (قوله: "في الوصيَّة بالعبد لاثنين" في دلالة نصِّه على مسألة العبد على ما ذكر نظر، وذلك أنَّ ظاهرها أنَّ ذلك كان في وقتين؛ حيث قال فيها: أوصى بعبد لرجل، ثمَّ أوصى به للآخر، ولا يخفى أن "ثم" تقتضي المهلة، وذلك يدلُّ على اختلاف الوقتين، لكن قد =

(١) في (ب) و(و): بمعيَّن.
(٢) قوله: (قد) سقط من (أ).

بشيء، وزيد من جيرانه؛ أنَّه لا يستحقُّ من الوصيَّة للجيران شيئًا.

وقد ذكر ابن حامد أنَّ الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقيِّ، وأنكروها عليه، ونسبوه إلى التَّفرُّد بها.

القسم الثَّاني: أن يكون الخاصُّ والعامُّ في كلامين منفردين؛ فههنا حالتان:

إحداهما: أن يكون المتكلِّم بهما لا يمكنه الرُّجوع عن كلامه، ولا يقبل منه؛ كالأقارير، والشَّهادات، والعقود؛ فيقع التَّعارض في الشَّهادات، ولا يكون الإقرار الثَّاني ولا العقد الثَّاني رجوعًا عن الأوَّل.

هكذا ذكره غير واحد من المتأخِّرين، مع أنَّ كلام أحمد وأبي بكر عبد العزيز في أنَّ الخاصَّ لا يدخل في العامِّ ليس فيه تفصيل بين الكلام الواحد وغيره.

فقد يقال: إنَّ الخاصَّ لا يدخل في العامِّ مطلقًا، ويكون تخصيصه بالذِّكر قرينة مُخرِجة له من العموم، ما لم يعارض ذلك قرينةٌ تقتضي دخوله فيه.

= يقال: قد بقَّى أحمد الشَّركة بينهما، فإن كان الحكم عنده انتفاء الشَّركة مع اختلاف وقتي الوصيَّة؛ فانتفاؤها مع اتحاد وقتيهما بطريق الأولى، وإن كان إنَّما حكم بانتفاء الشَّركة لاتِّحاد وقتي الوصيَّتين، فتكون لفظة «ثمَّ» على غير حقيقتها، بل تكون بمعنى الواو، فهي في ذلك لمجرَّد التَّرتيب في الذِّكر، وحينئذ فيصحُّ استدلال المصنِّف بها على ما أراده).

وعلى تقدير دخوله فيه بقرينة أو مطلقًا، فإذا تعارضت دلالة العامِّ ودلالة الخاصِّ في شيء واحد؛ فهل ترجَّح دلالة الخاصِّ، أم يتساويان؟

ذكر ابن عقيل في «الواضح»: أنَّهما يتساويان[1].

وذكر أبو الخطَّاب في «التَّمهيد»: أنَّه يقدَّم دلالة الخاصِّ.

وهذا هو الَّذي ذكره القاضي، وابن عقيل أيضًا، والأصحاب كلُّهم في مسألة تخصيص القرآن بخبر الواحد، وفي مسألة تقديم الخاصِّ على العامِّ عند التَّعارض وإن عُلم تقدُّم الخاصِّ، حتَّى قال أبو الخطَّاب وغيره: لا يجوز أن يَنسَخ العامُّ الخاصَّ؛ لأنَّه ليس بمساوٍ له.

والحالة الثَّانية: أن يكون الرُّجوع ممكنًا، كالوصيَّة، وعزل الإمام لمن يمكنه عزله وولايته؛ فهذا يشبه تعارض العامِّ والخاصِّ في كلام الشَّارع في الأحكام، وفي ذلك ثلاث روايات:

أشهرها : تقديم الخاصِّ مطلقًا، وتخصيص العموم به، سواء جهل التَّاريخ أو علم.

والثَّانية: إن جهل التَّاريخ؛ فكذلك، وإلَّا قدِّم المتأخِّر منهما.

---

(١) الذي في الواضح لابن عقيل (٣/ ٤٣٤): (أنه إذا تعارض آيتان أو خبران، وكان أحدهما عامًّا والآخر خاصًّا؛ فإنه يُقضى بالخاص على العام إذا كان بينهما تناف).
وأما القول بالتساوي فهو إذا تعارض خبران، كل واحد منهما عام من وجه وخاص من وجه آخر، قال ابن عقيل في هذا القسم (٣/ ٤٤٠): (إذا تعارض خبران، كل واحد منهما عام من وجه وخاص من وجه آخر؛ فهما سواء على الإطلاق، إلا أن تقوم دلالة فتوجب تقديم أحدهما على الآخر).

والثَّالثة: إن علم التَّاريخ؛ عمل بالمتأخِّر، وإن جهل تعارضا.

ويتَّصل بهذه القاعدة قاعدتان:

إحداهما: إذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصَّة؛ كوصيَّة معينة وميراث، واستحقاق بجهة عامَّة؛ كالفقر والمسكنة؛ فإنه لا يأخذ إلَّا بالجهة الخاصَّة، نصَّ عليه[(١)].

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: إذا أوصى[(٢)] لزيد بشيء، ووصَّى لجيرانه بشيء، وهو من الجيران؛ فإنَّه لا يعطى من نصيب الجيران.

ومنها: إذا وصَّى لزيد بشيء، وللفقراء بشيء، وزيد فقير؛ فإنَّه لا يعطى من نصيب الفقراء شيئًا، نصَّ أحمد على الصُّورتين.

وخرَّج القاضي فيما نقله ابن عقيل عنه في «فنونه»: الاستحقاق بجهة الفقر والجوار، كما يستحقُّ عامل الزَّكاة الأخذ بجهة الفقر مع العمالة.

ومنها: لو وصَّى لأقاربه بشيء، ووصَّى أن يكفَّر عنه أيمان؛ فلا يعطى من الكفَّارة من أخذ من الوصيَّة من الأقارب، نصَّ عليه في رواية صالح[(٣)].

ومنها: لو وصَّى للفقراء، وورثته فقراء؛ لم يجز لهم الأخذ من

(١) مسائل ابن هانئ (٢/ ٤٨).
(٢) في (ب) وباقي النسخ: وصى.
(٣) مسائل صالح (١/ ٢٥٧).

الوصيَّة، نصَّ عليه في رواية حرب، وقال: (الوارث لا يضرب في المال مرَّتين، إذا كان وارثٌ[١]؛ لم يأخذ من الوصيَّة شيئًا).

ونقل نحوه أبو الصَّقر(١) والفضل بن زياد.

وكذلك نصَّ على أنَّ الوارث لا يحجُّ عن الميِّت، ويأخذ الوصيَّة، وحمله القاضي على منعه من أخذ الزَّائد عن نفقة المثل، فأمَّا نفقة المثل؛ فتجوز؛ لأنَّها معاوضة.

القاعدة الثَّانية: إذا اجتمعت صفات في عين؛ فهل يتعدَّد الاستحقاق بها كالأعيان المتعدِّدة؟ المشهور في المذهب: أنَّها كالأعيان في تعدُّد الاستحقاق.

ويندرج تحت ذلك صور:

منها: الأخذ من الزَّكاة بالفقر، والغرم، والغزو، ونحوها.

ومنها: الأخذ من الخمس بأوصاف متعدِّدة.

ومنها: الأخذ من الصَّدقات المنذورة، والفيء، والوقوف.

ومنها: المواريث بأسباب متعدِّدة؛ كالزَّوج إذا كان ابن عمٍّ، وابن

---

[١] في (ن): (أي: وجد وارث إذا كان وارث)، وكتب على هامشها: (هذه حاشية من عند المصنِّف يفسِّر بها قول أحمد: "إذا كان وارث"، فأدخلها الكاتب في الأصل).

---

(١) هو يحيى بن يزداد، أبو الصقر، وراق أحمد بن حنبل، قال الخلال: كان مع أبي عبد الله بالعسكر، وعنده جزء مسائل حسان في الحمى، والمساقاة، والمزارعة، والصيد، واللقطة، وغير ذلك. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٤٠٩.

العمِّ إذا كان أخًا(١) لأمٍّ؛ بالاتِّفاق، وكذلك الجدَّات المدليات بقرابتين، والأرحام، والمجوس ونحوهم ممَّن يدلي بنسبين، فإنَّهم يرثون بالجميع على الصَّحيح من المذهب.

ومنها: في تعليق الطَّلاق، كما لو قال: إن كلَّمتِ رجلًا فأنت طالق، وإن كلَّمتِ فقيهًا؛ فأنت طالق، وإن كلَّمتِ أسود؛ فأنت طالق؛ فكلَّمتْ رجلًا فقيهًا أسود؛ طلقت ثلاثًا.

وكذا لو قال: إن ولدتِ ولدًا؛ فأنت طالق، وإن ولدتِ أنثى؛ فأنت طالق، فولدتْ أنثى؛ طلقت طلقتين.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (لا تطلق إلَّا واحدة في المسائل كلِّها مع الإطلاق؛ لأنَّ الأظهر في مراد الحالف أنت طالق، سواء ولدتِ ذكرًا أو أنثى، وسواء كلَّمتِ رجلًا، أو فقيهًا، أو أسود؛ فينزل الإطلاق عليه؛ لاشتهاره في العرف، إلَّا أن ينوي خلافه.

ونصَّ الإمام أحمد في رواية ابن منصور(٢) فيمن قال لامرأته: أنتِ طالق طلقة إن ولدتِ ذكرًا، وطلقتين إن ولدتِ أنثى، فولدتْ ذكرًا وأنثى(٣): أنَّه على ما نوى، إنَّما أراد ولادة واحدة، وأنكر قول سفيان: إنَّه يقع عليها بالأوَّل ما علَّق به، وتبين بالثَّاني ولا تطلق به)(٤).

وقول سفيان هو الَّذي عليه أصحابنا؛ أبو بكر، وأبو حفص،

(١) مكان: (ابن العمِّ إذا كان أخًا)، في (ب): أو أخًا. وفي (ج): أخًا.
(٢) مسائل ابن منصور (٤/ ١٧٤٧).
(٣) في (أ): أو أنثى.
(٤) الاختيارات للبعلي (ص ٣٨١).

والقاضي وأصحابه، وكذلك ابن حامد، وزاد: أنَّها تطلق بالثَّاني أيضًا.

والمنصوص أصحُّ؛ لأنَّ الحالف إنَّما حلف على حمل واحد وولادة واحدة، والغالب أنَّها لا تكون إلَّا ولدًا واحدًا، لكنَّه لمَّا كان ذكرًا مرَّة وأنثى أخرى نوَّع التَّعليق عليه، فإذا ولدت هذا الحمل ذكرًا وأنثى؛ لم يقع به المعلَّق بالذَّكر والأنثى جميعًا، بل المعلَّق بأحدهما فقط؛ لأنَّه لم يقصد إلَّا إيقاع أحد الطَّلاقين، وإنَّما ردَّده؛ لتردُّده في كون المولود ذكرًا أو أنثى، وينبغي أن يقع أكثر الطَّلاقين[١]؛ إذ كان القصد تطليقها بهذا الوضع، سواء كان ذكرًا أو أنثى، لكنَّه أوقع بولادة أحدهما أكثر من الآخر، فيقع به أكثر المعلَّقين.

تنبيه:

إذا كانت الجهة واحدة؛ لم يتعدَّد الاستحقاق بتعدُّد الأوصاف المدلية إليها؛ كالوصيَّة لقرابته إذا أدلى شخص بقرابتين والآخر بقرابة واحدة، ذكره القاضي في «خلافه» في الوصيَّة للإخوة: أنَّه تستوي الإخوة للأبوين، والإخوة للأب، والإخوة للأمِّ؛ لأنَّ الكلَّ مشتركون في جهة الأخوَّة؛ فلا عبرة بتعدُّد الجهات الموصلة إليها.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ينبغي أن يختصَّ وقوع الأكثر بما إذا وضعتهما معًا، أو سبق وضع المعلَّق عليه الأكثر، أمَّا لو خرجا متعاقبين؛ فينبغي أن يقع ما علِّق على الأوَّل فقط).

قاعدة [١٢٠]

يرجَّح ذو القرابتين على ذي القرابة الواحدة، وإن لم تكن إحداهما لها مدخل في الاستحقاق؛ في مسائل:

منها: في الأخ للأبوين على الأخ للأب في الميراث بالولاء رواية واحدة.

وخرَّج ابن الزَّاغونيِّ في كتاب[١] «التَّلخيص» في الفرائض رواية أخرى بالاشتراك، من مسألة النِّكاح.

ومنها: تقديم الأخ للأبوين على الأخ للأب في ولاية النِّكاح في إحدى الرِّوايتين، اختارها أبو بكر، ورجَّحه صاحب «المغني».

ومنها: تقديمه عليه في حمل العاقلة، وفيه الرِّوايتان.

ومنها: تقديمه عليه في الصَّلاة على الجنازة، وفيه الرِّوايتان أيضًا.

ومنها: في الوقف المقدَّم فيه بالقُرْب، وكذلك الوصيَّة؛ فيرجَّح الأخ للأبوين على الأخ للأب، صرَّح به القاضي والأصحاب في الوصيَّة، وعلَّلوا: بأنَّ الانفراد بالقرابة كالتَّقدُّم بدرجة.

وخالف الشَّيخ تقيُّ الدِّين في الوقف وقال: لا يرجَّح فيه بالقرابة الأجنبيَّة عن استحقاق الوقف.

---

(١) قوله: (كتاب) سقط من (أ).

قاعدة [١٢١]

في تخصيص العموم بالعرف، ولها صورتان:

إحداهما: أن يكون قد غلب استعمال الاسم العامِّ في بعض أفراده حتَّى صار حقيقة عرفيَّة؛ فهذا يخصُّ به العموم بغير خلاف.

فلو حلف لا يأكل شواء؛ اختصَّت يمينه باللَّحم المشويِّ دون البيض وغيره ممَّا يُشوى.

وكذلك لو حلف على لفظ الدَّابَّة، والسَّقف، والسِّراج، والوتد؛ لا يتناول إلَّا ما يُسمَّى في العرف كذلك، دون الآدميِّ، والسَّماء، والشَّمس، والجبل؛ فإنَّ هذه التَّسمية فيها هُجرت حتَّى عادت مجازًا.

الصُّورة الثَّانية: ألَّا يكون كذلك، وهو نوعان:

أحدهما: ما لا يطلق عليه الاسم العامُّ إلَّا مقيَّدًا به، ولا يفرد بحال؛ فهذا لا يدخل في العموم بغير خلاف نعلمه، كخيار شنبر(١)، وتمر هندي؛ لا يدخلان في مطلق التَّمر والخيار، ذكره القاضي في «خلافه».

ونظيره ماء الورد، لا يدخل في مسمَّى الماء المطلق.

---

(١) قال في لسان العرب (٤/ ٢٦٧): (وخيار شنبر: ضرب من الخرُّوب، شجرة مثل كبار شجر الخوخ).

والنَّوع الثَّاني: ما يطلق عليه الاسم العامُّ، لكنَّ الأكثر ألَّا يذكر معه إلَّا بقيد أو قرينة، ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيه؛ ففيه وجهان.

ويتفرَّع عليهما مسائل:

منها: لو حلف لا يأكل الرُّؤوس؛ فقال القاضي: يحنث بأكل كلِّ ما يسمَّى رأسًا؛ من رؤوس الطَّير والسَّمك، ونقله في موضع عن أحمد، وقال في موضع: العرف يعتبر في تعميم الخاصِّ لا في تخصيص العامِّ(١).

وقال أبو الخطَّاب: لا يحنث إلَّا برأس يؤكل في العادة مفردًا، وكذلك ذكر القاضي في موضع من «خلافه»: أنَّ يمينه تختصُّ بما يسمَّى رأسًا عرفًا[١].

وحكى ابن الزَّاغونيِّ في «الإقناع» روايتين:

إحداهما: يحنث بأكل كلِّ رأس.

والثَّانية: لا يحنث إلَّا بأكل رؤوس بهيمة الأنعام خاصَّة.

وعزا الأوَّل إلى الخرقيِّ.

وفي «التَّرغيب» ذكر الوجه الثَّاني: أنَّه لا يحنث إلَّا بأكل رأس يباع

---

[١] كتب على هامش (ن): (ممكن أن يجمع بين قولي القاضي: بأنَّ الحنث لكل ما يسمَّى رأسًا بالنِّسبة إلى حالف لا عرف في بلده، وعدم الحنث لغير ما يسمَّى رأسًا عرفًا، حيث غلب العرف على بعض الرُّؤوس).

---

(١) قوله: (وقال في موضع: العرف يعتبر في تعميم الخاصِّ لا في تخصيص العامِّ) سقط من(ب).

مفردًا للأكل عادة، قال: فإن جرت عادة قوم بإفراد رؤوس الظِّباء؛ حنث به في ذلك المكان.

وفي غيره وجهان، مأخذهما: هل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الحالف؟ انتهى[١].

ومنها: لو حلف لا يأكل البيض؛ فهو على الوجهين[(١)] أيضًا:

فيحنث عند القاضي بأكل بيض السَّمك وغيره.

ولا يحنث عند أبي الخطَّاب إلَّا بأكل بيض يزايل[(٢)] بائضه في حياته.

وزعم صاحب «الكافي» أنَّ التَّخصيص هنا إنَّما جاء من إضافة الأكل إلى الرُّؤوس والبيض، حيث كانت العادة تخصُّ بعض أنواعهما.

وظاهر كلامه: أنَّه لو علَّق حكمًا سوى الأكل؛ لعمَّ بغير خلاف، وفيه نظر.

ومنها[(٣)]: لو حلف لا يأكل اللَّحم، فأكل لحم السَّمك؛ ففيه وجهان أيضًا.

---

[١] كتب في هامش (ج) و(هـ) و(ن): (قال في «الكافي»: إذا اختلف أهل بلدين في تسمية عين؛ انصرف يمين الحالف إلى تسمية بلده). وزاد في (ن): (من هامش النُّسخة المعتمدة).

---

(١) في (أ): وجهين.
(٢) أي: يفارق وينفصل. ينظر: لسان العرب (١١/ ٣١٧).
(٣) قوله: (ومنها) سقط من (أ).

وقال أحمد في رواية صالح: هو على نيَّته(١).

قال القاضي: معناه إن نوى لحمًا بعينه؛ لم يحنث بأكل غيره مع الإطلاق[١]، وهو قول الخرقيِّ.

وقال ابن أبي موسى: لا يحنث مع الإطلاق، وإنَّما يحنث بإدخاله بالنِّيَّة، ولعلَّه ظاهر كلام أحمد.

ومنها: لو حلف لا يدخل بيتًا، فدخل مسجدًا أو حمَّامًا؛ فالمنصوص في رواية مهنَّى: أنَّه يحنث، وأنَّه لا يُرجع في ذلك إلى نيَّته، واستدلَّ بأنَّ المسجد والحمَّام يُسمَّى بيتًا في الكتاب والسُّنَّة(٢).

وهذا يخالف نصَّه في رواية صالح في لحم السَّمك؛ فخُرِّج له في المسألتين روايتان.

وخرَّج الأصحاب في هذا وجهًا بعدم الحنث، وخرَّجه صاحب

[١] كتب في هامش (هـ): (لعله: ويحنث مع الإطلاق، نقل من خط الشيخ . . .).

(١) ينظر: مسائل صالح (٢/ ١٩٧).

(٢) ورد إطلاق لفظ: (البيت) على المسجد في عدة آيات؛ منها: قوله تعالى: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾ [النُّور: ٣٦]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِى بِبَكَّةَ﴾ [آل عِمرَان: ٩٦].
وورد إطلاق لفظ: (البيت) على الحمام، ومن ذلك ما رواه أبوداود (٤٠١١)، وابن ماجه (٣٧٤٨)، عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «تفتح لكم أرض الأعاجم، وستجدون فيها بيوتًا يقال لها: الحمامات، فلا يدخلها الرجال إلا بإزار، وامنعوا النساء أن يدخلنها، إلا مريضة، أو نفساء».

«المحرَّر» من نصِّه الآتي فيمن حلف بصدقة ماله؛ أنَّه يختصُّ بما يسمَّى عنده مالًا.

وكذا الخلاف لو حلف لا يركب فركب سفينة.

ومنها: لو حلف لا يشمُّ الرَّيحان، فقال القاضي: تختصُّ يمينه بالفارسيِّ؛ لأنَّه المسمَّى بالرَّيحان عرفًا.

وقال أبو الخطَّاب وغيره: يحنث بكلِّ نبتٍ له رائحة طيبة؛ لأنَّه ريحان حقيقة.

وهذا يعاكس قولهما في مسألة الرُّؤوس والبيض[١].

ومنها: لو حلف لا يأكل لحم بقر؛ فهل يحنث بأكل لحم بقر الوحش؟ على وجهين ذكرهما في «التَّرغيب»، وخرَّجهما من وجهين حكاهما فيما إذا حلف لا يركب حمارًا، فركب حمارًا وحشيًّا؛ هل يحنث أم لا؟

والخلاف ههنا يقرب أخذه من مسألة وجوب الزَّكاة في بقر الوحش، والحنث في مسألة الرُّكوب أضعف؛ لأنَّ الرُّكوب إنَّما يراد به

[١] كتب على هامش (ن): (قد يمنع تعاكس قولي القاضي بأنَّ الحنث في مسألة الرُّؤوس بكلِّ رأس، حيث لا عرف لواحد منها، كما يقتضيه قوله في «خلافه» كما تقدَّم، فيتَّفق قوله في المسألتين؛ مسألة الرُّؤوس ومسألة الرَّيحان، ويمنع تعاكس قولي أبي الخطَّاب بأنَّ تعميم الرَّيحان؛ لكونه لا يرى له عرفًا، فترجع إلى حقيقته، بخلاف الرُّؤوس؛ لأن لها عرفًا، فلهذا اختصَّت اليمين به دون الحقيقة).

الحمار الأهليُّ.

وشبيهٌ بهذا الخلاف لأصحابنا في مرور الحمار الوحشيِّ بين يدي المصلِّي؛ هل يقطع صلاته أم لا[(١)]؟ وقد حكاه أبو البقاء في «شرح الهداية».

ومنها: لو حلف لا يتكلَّم، فقرأ، أو سبَّح؛ هل يحنث أو لا؟

المشهور: أنَّه لا يحنث.

وتوقَّف أحمد فيه في رواية.

ومنها: لو حلف بعتق عبيده، أو أعتقهم منجزًا؛ فقال الخرقيُّ وأبو بكر: يتناول القنَّ، والمدبَّر، والمكاتب، وأمَّ الولد، وأشقاصه، وزاد القاضي: عبيد عبده التَّاجر، ونصَّ عليه أحمد في المكاتب في رواية ابن منصور[(٢)].

وخرَّج القاضي رواية بعدم دخول المكاتبين بدون نيَّة، من رواية مهنَّى في الأشقاص أنَّهم لا يدخلون في عتق المماليك، إلَّا أن ينويهم.

ومأخذه: أنَّهم خارجون من اسم الرَّقيق والمملوك عرفًا.

ولو قيل: إنَّ أمَّ الولد كذلك؛ لم يبعد.

ومنها: لو حلف بصدقة ماله، وأراد البرَّ، أو نذره نذر تبرُّر؛ فإنَّه يتصدَّق بثلث جميع أمواله عند الأصحاب.

ونقل الأثرم عن أحمد أنَّه سئل: هل الثُّلث من الصَّامت خاصَّة أو

(١) قوله: (لا) سقط من (أ).

(٢) مسائل ابن منصور (٨/ ٤٤٧٤).

من جميع ما يملك؟ فقال: ذلك على قدر ما نوى، وعلى قدر مخرج يمينه، والأموال عند النَّاس تختلف[(١)]، الأعراب يسمُّون الإبل والغنم الأموال، وغيرهم يسمِّي الصَّامت، وغيرهم الأرضين، فلو أنَّ أعرابيًّا قال: مالي صدقة، أليس كنَّا نأخذه بإبله أو نحو هذا؟[(٢)]

قال القاضي في «خلافه»: فظاهر هذا أنَّه يرجع إلى نيته في ذلك، فإن أطلق؛ يرجع إلى عرف الإطلاق عند النَّاذر.

وقال أحمد أيضًا في رواية صالح: إذا قال: جاريتي حرَّة إن لم أصنع كذا وكذا؛ قال ابن عمر وابن عبَّاس: «تعتق»[(٣)]، وإذا قال: مالي في المساكين؛ لم يدخل فيه جاريته.[(٤)]

قال القاضي: وظاهر هذا أنَّ الأمة لا تدخل في عموم المال، قال: والمذهب التَّعميم.

والعجب أنَّه[(٥)] لم يَحكِ بالتَّعميم عن أحمد نصًّا صريحًا ولا ظاهرًا.

---

(١) في (أ) و(و): يختلف.

(٢) ينظر: الفروع (١١/ ٧٢).

(٣) الأثر أخرجه عبدالرزاق (١٥٩٩٨) عن عثمان بن أبي حاضر قال: حلفت امرأة من أهل ذي أصبح، فقالت: مالي في سبيل الله وجاريتها حرة إن لم يفعل كذا وكذا - لشيء كره زوجها -، فحلف زوجها ألا يفعله، فسئل عن ذلك ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم فقالا: «أما الجارية فتعتق، وأما قولها: مالي في سبيل الله؛ فتتصدق بزكاة مالها».

(٤) ينظر: مسائل صالح (٢/ ٤٨٤).

(٥) في (أ): أن.

ومنها: لو حلف لا مال له، وله مال غير زكويٍّ؛ فقال الأصحاب: يحنث، وأخذوه من المسألة الَّتي قبلها.

قال ابن الزاغونيِّ في «الإقناع»: وظاهر كلام أحمد أنَّه لا يحنث؛ لأنَّه قال في رواية الحربيِّ: نحن لا نعدُّ الدَّار، والثِّياب، والخادم؛ مالًا.

قاعدة [١٢٢]

يخصُّ العموم بالعادة على المنصوص.

وذلك في مسائل:

منها: لو وصَّى لأقاربه أو(١) أهل بيته؛ قال أحمد في رواية ابن القاسم: إذا قال: لأهل بيتي أو قرابتي؛ فهو على ما يعرف من مذهب الرَّجل إن كان يصل عمَّته وخالته(٢)، ونقل سندي نحوه.

وقال في رواية صالح في الوصيَّة لأهل بيته: ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمِّه، فإن كان لا يصل قرابته من قبل أمِّه؛ فأهل بيته من قبل أبيه(٣).

واختلف الأصحاب في حكاية هذه الرِّواية على طريقين:

أحدهما: أنَّها رواية ثالثة[١] في قرائب الأمِّ خاصَّة أنَّهم لا يدخلون

---

[١] كتب على هامش (ن): (مقتضى كون هذه ثالثة: أنَّ في قرابة الأم روايتين أخريَيْن، إحداهما: لا يدخلون أصلًا، وهي المشهورة، والأخرى: يدخلون مطلقًا، ولم أقف على هذه الرِّواية).

---

(١) في (أ): و.

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٢٠).

(٣) ينظر: مسائل صالح (١/ ٢٥٧).

في الوصيَّة، إلَّا إن كان يصلهم في حياته، وهذه طريقة القاضي في «المجرَّد».

والطَّريق الثَّاني: أنها هي المذهب، وأنَّ الاعتبار بمن كان يصله في حياته بكلِّ حال؛ فإن لم يكن له عادة بالصِّلة؛ فهي لقرابة الأب[١]، وهي طريقة القاضي في «خلافه».

ونقل عن أحمد: أنَّه لا اعتبار بالصِّلة، قال في رواية ابن منصور في رجل وصَّى في فقراء أهل بيته، وله قرابة في بغداد وقرابة في بلاده، وكان يصل في حياته الَّذين ببغداد، قال: (يعطى هؤلاء الحضور والَّذين في بلاده)، وكذلك نقل عبد الله(١).

قال أبو حفص البرمكيُّ: هذا قول آخر لا يعتبر بمن كان يصل في حياته.

قلت: ويحتمل أن يقال: منع الصِّلة ههنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه، وهو تعذُّر الصِّلة للبعد، والكلام إنَّما هو فيما تركه مع قدرته عليه.

قال القاضي: ويشهد لرواية ابن منصور ما روى عبد الله عنه في رجل وصَّى بصدقة في أطراف بغداد، وقد كان ربَّما تصدَّق في بعض

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: من قرائب أبيه وأمه، وقد أثبتها في «الفروع» رواية في قرائب الأب أيضًا، كما اقتضاه كلام المصنِّف هنا، ولم يثبتها الشَّيخان في مختصريهما، ولا صاحب «الرِّعاية»).

---

(١) ينظر: مسائل عبد الله (ص: ٣٨٩)، ولم نجدها في مسائل ابن منصور.

الأرباض[١] وهو حيٌّ، قال: يتصدَّق عنه في أبواب بغداد كلِّها.[٢]

ومنها: لو وصَّى لقرابة غيره، وكان يصل بعضهم، أو وصَّى للفقهاء أو للفقراء، وكان يصل بعضهم؛ قال القاضي في «خلافه»: لا رواية فيه، ولا يمتنع أن يقول فيه ما يقول في أقارب نفسه.

ومنها: لو وقف على بعض أولاده وسمَّاهم، ثمَّ على أولاد أولاده؛ فهل يختصُّ البطن الثَّاني بالأولاد المسمَّين[٣] أوَّلًا، أو يشمل جميع ولد ولده؟

نصَّ أحمد في رواية حرب على أنَّه يشمل جميع ولد الولد.[٤]

ويتخرَّج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم؛ اعتبارًا بآبائهم، فإنَّ هذه عطيَّة واحدة؛ فحَمْلُ بعضها على بعض أقرب من حمل الوصيَّة على العطيَّة في الحياة.

وهذا النَّصُّ هو قوله في رواية حرب في رجل له ولد صغار خاف عليهم الضَّيعة، فأوقف ماله على ولده، وكتب كتابًا، وقال: هذا صدقة على ولده فلان وفلان، وسمَّاهم، ثمَّ قال: وولد ولده، وله ولد غير هؤلاء، قال: هم شركاء.

فحمله الشَّيخان صاحبا «المغني» و«المحرَّر» على ما قلنا، وتبويب

---

(١) قال في الصحاح (٣/ ١٠٧٦): (ربض المدينة: ما حولها).
(٢) ينظر: مسائل عبدالله (ص: ٣٨٨).
(٣) في (ب): بأولاد المسمين.
(٤) ينظر: الوقوف والترجل (١/ ٥٧).

الخلَّال يدلُّ عليه.

وقد يقال: إنَّما عمَّ البطن الثَّاني ولد الولد؛ لأنَّ تخصيص البطن الأوَّل بالصِّغار كان لخوفه عليهم الضَّيعة، وهذا المعنى مفقود في البطن الثَّاني؛ فلذلك اشترك فيه أولاد الأولاد كلُّهم.

وحمله القاضي وابن عقيل على أنَّ البطن الأوَّل يشترك فيه الولد المسمَّون وغيرهم؛ أخذًا من عموم قوله: (صدقة على ولده)، وتخصيص بعضهم بالذِّكر لا يقتضي التَّخصيص بالحكم؛ كقوله: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البَقَرَة: ٩٨].

وهذا فاسد؛ لأنَّ الآية فيها عطف نسق بالواو، وههنا إمَّا عطف بيان أو بدل، وأيُّهما كان فيقتضي التَّخصيص بالحكم؛ لأنَّ عطف البيان موضِّح لمتبوعه، ومطابق له، وإلَّا لم يكن بيانًا، والبدل هو الواسطة[١] المقصود بالحكم؛ فيتعيَّن التَّخصيص به.

ولهذا لو قال من له أربع زوجات: زوجتي فلانة طالق؛ لم تطلق الثَّلاثة البواقي، أو قال من له عبيد: عبدي فلان حرٌّ؛ لم يعتق ما(١) عداه بغير خلاف[٢].

---

[١] كتب على هامش (و): (لعله هو التابع المقصود بالحكم بلا واسطة).

[٢] كتب على هامش (ن): (ومن التَّخصيص بالعادة: جواز صدقة العبد غير المأذون من قوته برغيف ونحوه إذا لم يضرَّ به على أصح الرِّوايتين، وكذلك جواز صدقة المرأة من بيت زوجها بنحو ذلك على أصح الرِّوايتين أيضًا).

---

(١) في (ب): من.

ومنها: لو استأجر أجيرًا يعمل له مدَّة معيَّنة؛ حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزَّمان دون غيره بغير خلاف.

ومنها: لو حلف لا يأكل من هذه الشَّجرة؛ اختصَّت يمينه بما يؤكل منها عادة، وهو الثَّمر، دون ما لا يؤكل عادة؛ كالورق والخشب.

قاعدة [١٢٣]

ويُخَصُّ العموم بالشَّرع - أيضًا - على الصَّحيح في مسائل:

منها: إذا نذر صوم الدَّهر؛ لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيَّام السنة، أو ما يجب صومه شرعًا؛ كرمضان، على أصحِّ الرِّوايتين.

ومنها: لو حلف لا يأكل لحمًا؛ لم تتناول يمينه اللَّحم المحرَّم شرعًا على أحد الوجهين.

ومنها: لو وصَّى لأقاربه؛ لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين، حكاهما في «التَّرغيب».

وظاهر كلام القاضي الدُّخول.

وظاهر كلام ابن أبي موسى وابن عقيل خلافه.

ومنها: لو وكَّله أن يطلِّق زوجته؛ فهل يدخل فيه الطَّلاق المحرَّم؟ على وجهين، ذكرهما ابن عقيل وصاحب «المحرَّر».

ومنها: لو نذر اعتكاف شهر متتابع؛ فله أن يعتكف في غير الجامع، ويخرج إلى الجمعة؛ لاستثنائها بالشَّرع.

وفيه وجه: لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع.

والأوَّل المذهب، كما أنَّه لا ينقطع الصِّيام المتتابع بصوم رمضان، ولا فطر أيَّام النَّهي.

قاعدة [١٢٤]

هل يُخَصُّ[(١)] اللَّفظ العامُّ بسببه الخاص إذا كان السَّبب هو المقتضيَ له؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يُخصُّ به، بل يقضى بعموم اللَّفظ، وهو اختيار القاضي في «الخلاف»، والآمديِّ، وأبي الفتح الحلوانيِّ، وأبي الخطَّاب، وغيرهم.

وأخذوه من نصِّ أحمد في رواية علي بن سعيد؛ فيمن حلف لا يصطاد من نهر لظلم[(٢)] رآه فيه[(٣)]، ثمَّ زال الظُّلم؛ قال: (النَّذر يوفَّى به)[(٤)].

وكذلك أخذوه من قاعدة المذهب: فيمن حلف لا يكلِّم هذا الصَّبيَّ، فصار شيخًا؛ أنَّه يحنث بتكليمه؛ تغليبًا للتَّعيين على الوصف، قالوا: والسَّبب والقرينة عندنا تعمِّم الخاصَّ، ولا تخصِّص العامَّ.

---

(١) في (ب): يختصُّ.
(٢) في (أ): بظلمة.
(٣) قوله: (فيه) سقط من (أ).
(٤) ينظر: المغني (٧/ ٤٧١).

والوجه الثَّاني: لا يحنث[١]، وهو الصَّحيح عند صاحبي «المحرَّر» و«المغني»، لكنَّ صاحب «المحرَّر» استثنى صورة النَّهر وما أشبهها؛ كمن حلف لا يدخل بلدًا؛ لظلم رآه فيه(١)، ثمَّ زال.

وصاحب «المغني» عدَّى الخلاف إليها، ورجَّحه[٢] ابن عقيل في «عمد الأدلَّة»، وقال: (هو قياس المذهب)؛ لأنَّ المذهب: أنَّ الصِّفة لا تنحلُّ بالفعل حالة البينونة؛ لأنَّ اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضي التَّخصيص بحالة الزَّوجيَّة دون غيرها[٣].

وكذلك جزم به القاضي في موضع من «المجرَّد»، واختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين، وفرَّق بينه وبين مسألة النَّهر المنصوصة: بأنَّ نصَّ أحمد إنَّما هو في النَّذر، والنَّاذر إذا قصد التَّقرُّب بنذره؛ لزمه الوفاء مطلقًا، كما مُنع المهاجرون من العود إلى ديارهم الَّتي تركوها لله وإن زال المعنى

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: والثَّاني يُخصُّ العام بسببه الخاص، فلا يحنث بغير السبب، بل يختصُّ حنثه بالسَّبب؛ لأنَّ اليمين إنما انعقدت فيه دون غيره ممَّا تناوله اللَّفظ).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: يرجَّح عدم الحنث في غير السَّبب؛ بناء على تخصيص العام بسببه الخاص، وعضده بمسألة حلِّ الصِّفة).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: وهذا من تخصيص العام بسببه الخاص؛ لأنَّ دلالة الحال كالسَّبب).

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (أ).

الَّذي تركوها لأجله[١]؛ فإنَّ تَرْك شيءٍ لله يمنع العود فيه مطلقًا، وإن كان لسبب قد يتغيَّر، ولهذا نهي المتصدِّق أن يشتري صدقته[٢].

وهذا حسن، وقد يكون جدُّه صاحب «المحرَّر» لحظ هذا؛ حيث خصَّ صورة النَّهر بالحنث مع الإطلاق، بخلاف غيرها من الصُّور.

وأمَّا مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصِّفة؛ فإن كان ثَمَّ سبب يقتضي اختصاص اليمين بحال بقاء الصِّفة؛ لم يحنث بالكلام بعد زوالها، صرَّح به في «الكافي» و«المحرَّر»، فهي كمسألتنا.

ويتفرَّع على هذه القاعدة مسائل:

منها: لو دُعي إلى غداء، فحلف لا يتغدَّى؛ فهل يحنث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه؟ على الوجهين، وجزم القاضي في «الكفاية» وصاحب «المحرَّر» بعدم الحنث.

ومنها: لو حلف لا رأيت منكرًا إلَّا رفعته إلى فلان القاضي،

---

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري (٣٩٣٣)، ومسلم (١٣٥٢)، من حديث العلاء الحضرمي رضي الله عنه مرفوعًا: «ثلاث ليال يمكثهن المهاجر بمكة بعد الصدر». قال النووي: (معنى الحديث: أن الذين هاجروا من مكة قبل الفتح إلى رسول الله ﷺ حرم عليهم استيطان مكة والإقامة بها، ثم أبيح لهم إذا وصلوها بحج أو عمرة أو غيرهما أن يقيموا بعد فراغهم ثلاثة أيام، ولا يزيدوا على الثلاثة). ينظر: شرح النووي على مسلم ٩/ ١٢٢.

(٢) يشير إلى ما أخرجه البخاري (١٤٩٠)، ومسلم (١٦٢٠) عن عمر رضي الله عنه قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه، وظننت أنه يبيعه برخص، فسألت النبي ﷺ، فقال: «لا تشتره، ولا تعد في صدقتك، وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في صدقته كالعائد في قيئه».

فعزل؛ فهل تنحلُّ يمينه؟ على الوجهين[١].

وفي «التَّرغيب»: (إن كان السَّبب أو القرائن تقتضي حالة الولاية؛ اختصَّ بها، وإن كانت تقتضي الرَّفع إليه بعينه، مثل أن يكون مرتكب المنكر قرابة الوالي مثلًا، وقصد إعلامه بذلك لأجل قرابته، وذكر الولاية تعريفًا تناول اليمين حال الولاية والعزل.

وإن لم يكن دلالة بحال؛ فهل يبرُّ برفعه إليه بعد العزل ويحنث بتركه؟ على وجهين.

فإن كانت يمينه: رَفْعه إلى الوالي من غير تعيين؛ فهل يتعيَّن المنصوب في الحال، أم يبرُّ بالرَّفع إلى كلِّ من ينصب بعده؟ على وجهين؛ لتردُّد الألف واللَّام بين تعريف العهد والجنس[٢].

ولو علم بمنكر بعد علم الوالي احتمل وجهين:

أحدهما: أنَّ البرَّ قد فات[٣]، كما لو رآه معه.

والثَّاني: لم يَفُتْ؛ لأنَّ صورة الرَّفع ممكنة.

ثمَّ على الوجه الأوَّل: يخرَّج على ما إذا تبدَّد الماء الَّذي في الكوز

[١] كتب على هامش (ن): (ينبغي أن يختصَّ الوجهان بما إذا مات أو استمرَّ عزله إلى الموت، أمَّا لو عزل ثمَّ أعيد؛ فقاعدة المذهب تقتضي: أنَّ يمينه لم تنحلَّ).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهذا أقرب إلى الصِّحَّة؛ لأنَّ الأصل في اللَّام الجنس حتَّى يثبت خلافه).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: فيحنث، كما لو حلف ليأكلنَّ رغيفًا فتلف).

بعد حلفه على شربه، أو أبرأه من الدَّين بعد حلفه على قضائه، وفيه وجهان [١]) انتهى.

فجعَل محلَّ الوجهين إذا انتفت القرائن والدَّلائل بالكليَّة، ومع دلالة الحال والسَّبب يختصُّ الرَّفع بحال الولاية وجهًا واحدًا.

ومنها: لو حلف على عبده، أو زوجته، أو لغريمه: لا يخرج إلَّا بإذنه، ثمَّ باع العبد، وطلَّق الزَّوجة، ووفَّى الغريم؛ فهل تنحلُّ يمينه؟ على الوجهين.

ومنها: لو قالت له زوجته: تزوَّجتَ عليَّ؟ فقال: كلُّ امرأة لي طالق، فإنَّ المخاطبة تطلق بذلك، نصَّ عليه في رواية المروذيِّ وابن هانئ(١).

وكذلك نقل عنه أبو داود في رجل تزوَّج(٢) امرأة، فقيل له: إن لك غيرها، فقال: كلُّ امرأة لي طالق، فسكت، فقيل: إلَّا فلانة، فقال: إلَّا فلانة فإنِّي لم أعنها، فأبى أن يفتي فيه(٣)، وهذا توقُّف منه.

وخرَّج ابن عقيل في «عمد الأدلَّة» المسألة على روايتين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (جزم في «المحرَّر» في مسألة ماء الكوز بالحنث، وقدَّم في مسألة الإبراء عدم الحنث).

---

(١) ينظر: مسائل ابن هانئ (١/ ٢٢٤).
(٢) قوله: (تزوَّج) سقط من (أ).
(٣) ينظر: مسائل أبي داود (ص ٢٤٠).

قاعدة [١٢٥]

النِّيَّة تعمِّم الخاصَّ، وتخصِّص العامَّ بغير خلاف فيهما.

وهل تقيِّد المطلق، أو تكون استثناءً من النصِّ؟[١] على وجهين فيهما.

فهذه أربعة أقسام:

أمَّا القسم الأوَّل؛ فله صور كثيرة:

منها: لو حلف على زوجته: لا تركت هذا الصَّبيَّ يخرج، فخرج بغير اختيارها عليه؛ فنصَّ أحمد في رواية مهنَّى: أنَّه إن نوى ألَّا يخرج من الباب فخرج؛ فقد حنث، وإن كان نوى ألَّا تدعه؛ لم يحنث(١)؛ لأنَّها لم تدعه.

ومنها: لو قال: إن رأيتك تدخلين هذه الدَّار فأنت طالق؛ فنصَّ أحمد في رواية مهنَّى: أنَّه إن أراد ألَّا تدخلها بالكليَّة، فدخلت ولم يرها؛ حنث، وإن كان نوى إذا رآها؛ فلا يحنث حتَّى يراها تدخلها(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (الاستثناء من أنواع المخصِّصات، فينبغي كونه من القسم الثَّاني).

---

(١) قوله: (لم يحنث) سقط من (أ).

(٢) ينظر: المغني (٢/ ٢١٨).

ومنها: لو حلف لا يدخل هذا البيت، يريد هجران قوم، فدخل عليهم بيتًا آخر[(١)]؛ حنث، نصَّ عليه في رواية محمَّد بن يحيى الكحَّال.

ومنها: لو حلف لا يشرب له الماء، ونوى الامتناع من جميع ماله؛ حنث بتناول كلِّ ما يملكه.

وقرَّر القاضي في موضع: أنَّ هذا اللَّفظ ونحوه موضوع في العرف لعموم الامتناع، وكذلك ابن عقيل، فعلى هذا لا يحتاج إلى نيَّة العموم، بل إذا أطلق اقتضى الامتناع من شرب الماء فما فوقه خاصة، وصرَّح به ابن عقيل[(٢)].

ومنها: لو حلف لا يضربه، ونوى ألَّا يؤلمه؛ حنث بكلِّ ما يؤلمه من خنق، وعضٍّ، وغيرهما، نصَّ عليه[(٣)].

ومنها: لو حلف لا يكلِّم امرأته، يقصد هجرانها بذلك؛ حنث بوطئها، أومأ إليه أحمد.[(٤)]

ومنها: لو طلَّق امرأته طلقةً رجعيَّةً، وحلف لا راجعتها، وأراد

---

(١) قوله: (آخر) سقط من (أ).

(٢) من قوله: (وقرَّر القاضي في موضع) هو في (أ): بعد قوله فيما تقدم: (حتى يراها تدخلها).

(٣) ينظر: الهداية لأبي الخطاب (١/ ٤٥٩)، حيث قال: (إذا حلف لا يضربها، فعضها، أو خنقها، أو نتف شعرها؛ حنث، ويحتمل ألا يحنث بذلك، إلا أن ينوي ألا يؤلمها، أومأ إليه في رواية مهنى).

(٤) ينظر: المغني (٧/ ٤٦٠).

الامتناع من عودها إليه مطلقًا؛ حنث بتزوُّجها[(١)] بنكاح جديد بعد البينونة، نصَّ عليه في رواية ابن منصور[(٢)].

ومنها: لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته لتهنئة ولا تعزية، ونوى ألَّا تخرج أصلًا؛ هل يحنث بخروجها لغير تهنئة أو تعزية؟

فذكر القاضي في بعض تعاليقه: أنَّه توقَّف فيها، وأنَّ القاضي أبا الطيِّب الطَّبريَّ من الشَّافعيَّة[(٣)] قال له: مقتضى مذهبكم أنَّه لا يحنث؛ لأنَّ الغرض يختلف في الخروج، ولا يوجد المقصود في كلِّ خروج، بخلاف ما إذا قصد قطع المنَّة، فإنَّ المنَّة توجد في غير المحلوف عليه.

قلت: والصَّواب الجزم بالحنث ههنا مطلقًا، وعليه يدلُّ نصُّ أحمد في المسألتين الأوليَيْن المذكورتين ههنا.

ولا يشبه هذا ما لو حلف لا يلبس من غزلها، يقصد قطع المنَّة؛ فإنَّه لا يحنث بالانتفاع بغير الغزل، وثمنه من أموالها[(٤)]؛ لأنَّ العموم هناك يستفاد من السَّبب، وهنا يستفاد من النِّيَّة؛ فهو أبلغ.

وأمَّا **القسم الثَّاني**؛ فصوره كثيرة جدًّا:

---

(١) في (ب) و(و): بتزويجها.

(٢) لم نقف عليه في مسائل ابن منصور، وينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ١٤٠).

(٣) هو طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر، القاضي أبو الطيب الطبري، أحد حملة مذهب الشافعية ورفعائه، كان إمامًا جليلًا بحرًا غواصًا متسع الدائرة، عظيم العلم، جليل القدر، عنه أخذ العراقيون مذهب الشافعي، توفي سنة (٤٥٠هـ). ينظر: طبقات الشافعية للسبكي ٥/ ١٢.

(٤) زاد في (و) و(ن): عند بعض الأصحاب.

فمنها: أن يقول: نسائي طوالق، ويستثني بقلبه واحدة، أو يحلف لا يسلِّم على زيد؛ فسلَّم على جماعة هو فيهم، ويستثنيه بقلبه، ووقع في كلام القاضي وابن عقيل في هذه المسألة ما يقتضي حكاية روايتين في حنثه في مسألة السَّلام.

وتأوَّله صاحب «المحرَّر» في تعليقه على «الهداية» على أنَّ المراد: هل تقبل منه دعوى إرادة ذلك أم لا؟ قال: وقد صرَّحا بذلك في موضع آخر من كتابيهما.

ولو حلف لا يدخل على فلان بيتًا، فدخل بيتًا هو فيه مع جماعة، ونوى بدخوله غيره[١]؛ هل يحنث؟

خرَّجه القاضي، وابن عقيل، وأبو الخطَّاب على وجهين من(١) مسألة السَّلام.

قال صاحب «المحرَّر»: وفيه عندي نظر؛ لأنَّ الدُّخول فعل حسيٌّ لا يتميَّز، بخلاف السَّلام.

ومنها: لو قال لزوجته: إن لبست ثوبًا فأنت طالق، وقال: أردت أحمر، أو قال: إن لبست فأنت طالق، ثمَّ قال: أردت ثوبًا أحمر، أو قال: إن دخلت الدَّار فأنت طالق، ثمَّ قال: أردت في هذه السَّنة؛ فالجمهور من الأصحاب على أنَّه يُدَيَّن في ذلك، وفي قبوله في الحكم روايتان.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: غير فلان، بل الدُّخول على الجماعة سواه).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): في.

وشذَّ طائفة؛ فحكوا الخلاف في تَدْيينه في الباطن، منهم الحلوانيُّ وابنه، وكذلك وقع في موضع من «مفردات ابن عقيل» في الأيمان، وكذلك وقع للقاضي في «المجرَّد»، وقال[(١)] صاحب «المحرَّر»: وهو سهو.

وعن القاضي في «كتاب الحيل»: أنَّه إن كان المخصَّص بالنِّيَّة ملفوظًا به؛ صحَّ تخصيصه، وإلَّا فلا، فلو حلف لا يأكل شيئًا أبدًا، ونوى به اللَّحم؛ قُبِل، وإن حلف لا يأكل، ونوى اللَّحم لم تنفعه نيَّته؛ لأنَّه خصص ما ليس في لفظه.

وحُمِلَ اختلاف كلام أحمد في قبول دعوى خلاف الظَّاهر في اليمين على اختلاف حالين[(٢)]، لا على اختلاف قولين، ذكره[(٣)] السَّامريُّ في «فروقه»[(٤)]: أنَّ المنويَّ إن كان يرفع مقتضى الحكم بالكليَّة، كالاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله، أو حيث تنفع؛ لم تصحَّ بالنِّيَّة إلَّا مع الظُّلم.

وقد نصَّ أحمد في رواية حرب على صحَّة استثناء المظلوم في نفسه بالمشيئة؛ لأنَّها ترفع الحكم بالكليَّة، فهي كالنَّسخ؛ فلا تصحُّ بالنِّيَّة إلَّا مع العذر، بخلاف شروط الطَّلاق ونحوها، فإنَّها تصحُّ بالنِّيَّة مطلقًا؛ لأنَّها مخصِّصة لا رافعة.

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): قال.
(٢) قوله: (حالين) هو في (ب) و(د) و(و) و(ن): هذين الحالين.
(٣) في (ب): ذكره عنه.
(٤) زاد في (ب): وذكر فيها أيضًا. وضُرب عليه في (أ) وسقطت من باقي النسخ.

وأمَّا القسم الثَّالث؛ فله صور:

منها: إذا نذر الصَّدقة بمال، ونوى في نفسه قدرًا معيَّنًا؛ فنصَّ أحمد في رواية أبي داود: أنَّه لا يلزمه ما نواه[(١)].

وخرَّج صاحب «المحرَّر» في تعليقه على «الهداية»: اللُّزوم، قال: وقد نصَّ أحمد على أنَّ من[(٢)] نذر صومًا أو صلاة، ونوى في نفسه أكثر ممَّا يتناوله اللَّفظ؛ أنَّه يلزمه ما نواه[(٣)]، وهذا مثله، ولذلك رجَّح ابن عقيل اللُّزوم فيما نواه في الجميع.

وكذلك ذكر صاحب «الكافي»: أنَّه لو حلف ليأكلنَّ لحمًا أو فاكهة، أو ليشربنَّ ماء، أو ليكلِّمنَّ رجلًا، أو ليدخلنَّ دارًا، وأراد بيمينه معيَّنًا؛ تعلَّقت يمينه به دون غيره، وإن نوى الفعل في وقت بعينه؛ اختصَّ به، ولم يذكر فيه خلافًا.

ومنها: لو قال: أنت طالق، ونوى ثلاثًا؛ فهل يلزمه الثَّلاث، أم لا يقع به أكثر من واحدة؟ على روايتين.

وجه القول بلزوم الثَّلاث: أنَّ (طالقًا) اسم فاعل، وهو صادق على من قام به الفعل مرَّة وأكثر، فيكون محتملًا للكثرة، فينصرف إليها بالنِّيَّة.

---

(١) جاء في مسائل أبي داود ص (٣٠٢): (سمعت أحمد سئل عن رجل قال: إن قدم فلان لأتصدقن بمالي، فنوى في نفسه ألف درهم، فقدم، قال: يخرج ما شاء، ما يسمَّى مال).

(٢) في (ب) و(ج) و(و) و(هـ): فيمن. وفي (ن): فيمن. مكان قوله: (على أن من).

(٣) ينظر: الفروع (١١/ ٧٤).

ورأيت في كتاب «شرح القوافي» لابن جنِّي[١]: أنَّ الأفعال كلَّها للعموم، وحكاه عن أبي عليٍّ[٢]، وهو غريب.

وأمَّا إذا قال: ثلاثًا؛ فتطلق ثلاثًا، لكن لنا فيه طريقان:

أحدهما: أنَّ ثلاثًا صفة لمصدر محذوف، تقديره: طلاقًا ثلاثًا، والمصدر يتضمَّن العدد.

والثَّاني: أنَّ ثلاثًا صالح لإيقاع الثَّلاث من طريق الكناية، وذِكر الطَّلاق يقرِّر الإيقاع بها كنيَّة الطَّلاق.

ويتفرَّع على المأخذين: هل وقع الثَّلاث بقوله: أنت طالق، أم بقوله: ثلاثًا؟ فلو ماتت مثلًا في حال قوله: ثلاثًا؛ هل تقع[٣] الثَّلاث أو واحدة؟ على وجهين، ذكرهما في «التَّرغيب».

وهذا إنَّما يتوجَّه على قولنا: إنَّه إذا قال: أنت طالق، ونوى ثلاثًا؛ أنَّه يقع به الثَّلاث، أمَّا إن قلنا: لا يقع الثَّلاث بالنِّيَّة؛ لم يقع الثَّلاث إلَّا بقوله ثلاثًا، بغير خلاف.

---

(١) هو عثمان بن جني الموصلي، أبو الفتح، إمام العربية، صاحب التصانيف، لزم أبا علي الفارسي وسافر معه حتى برع وصنف، وتخرج به الكبار، وله: سر الصناعة، واللمع، والتصريف، والتلقين في النحو، والخصائص وغيرها، توفي سنة ٣٧٢هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٧/ ١٧.

(٢) هو الحسن بن أحمد بن عبد الغفار، أبو علي الفارسي الفسوي، إمام النحو، صاحب التصانيف، أخذ عن الزجاج وغيره، وأخذ عنه ابن جني وجماعة، توفي سنة ٣٧٧هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٦/ ٣٧٩.

(٣) في (ب) و(هـ) و(ن): يقع.

ومنها: إذا وقع العقد على اسم مطلق، ونوى تعيينه قبل العقد؛ فهل يصحُّ أم لا؟

قد سبق أنَّ لنا في صحَّة النِّكاح وجهين إذا قال: زوَّجتك بنتي، وله بنات، ونويا واحدة معيَّنة، وأنَّ مأخذ البطلان اشتراط الشَّهادة على النِّكاح، وهذا يقتضي صحَّة سائر العقود الَّتي لا تحتاج إلى الشَّهادة بمثل ذلك.

وصرَّح صاحب «المحرَّر» بأنَّه إذا اشترى شيئًا بثمن مطلق في الذِّمة، ونوى نقده من المال المغصوب، ونقده منه؛ فهل يكون العقد باطلًا كما لو وقع على عين المغصوب، أو يكون صحيحًا؟ على روايتين.

وإنَّما خرَّج الخلاف في تقييد المطلق بالنِّيَّة دون تخصيص العامِّ بها؛ لأنَّ تخصيص العامِّ نقص منه، وقصر له على بعض مدلوله، وذلك إنَّما يكون بالنِّيَّة والإرادة؛ فهي المخصِّصة، وإنَّما تسمَّى الأدلَّةُ الدَّالَّة على التَّخصيص مخصِّصات؛ لدلالتها على الإرادة المخصِّصة[(١)]، بخلاف تقييد المطلق؛ فإنَّه زيادة على مدلوله، فلا تثبت الزِّيادة بالنِّيَّة المجرَّدة.

فإن قيل: هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاصِّ بالنِّيَّة؛ فإنَّه إلتزام بزيادة[(٢)] على اللَّفظ بمجرَّد النِّيَّة.

---

(١) من قوله: (وإنَّما خرَّج الخلاف في تقييد المطلق) إلى هنا سقط من (أ).

(٢) قوله: (إلتزام بزيادة) هو في (هـ): الزِّيادة. وقوله: (بزيادة) هو في (ج): زيادة. وهو بياض في (أ).

قيل: الفرق بينهما أنَّ الخاصَّ إذا أريد به العامُّ؛ كان نصًّا على الحكم في صورة لعلَّة، تعدَّى إلى كلٍّ ما وُجدت فيه تلك العلَّة، وهذا غير موجود في المطْلَق إذا أريد به بعض مقيَّداته، والله أعلم.

وأمَّا **القسم الرَّابع**؛ فله صور:

منها: لو قال: أنت طالق ثلاثًا، واستثنى بقلبه إلَّا واحدة؛ فهل يلزمه الثَّلاث في الباطن؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه، وهو قول أبي الخطَّاب وصاحبه الحلوانيِّ.

والثَّاني: يقع به الثَّلاث في الباطن، وهو الَّذي جزم به السَّامريُّ في «فروقه»، وصاحب «المغني»، واختاره صاحب «المحرَّر»؛ لأنَّ النِّيَّة إنَّما تصرف اللَّفظ إلى محتمل، ولا احتمال في النَّصِّ الصَّريح، إنَّما الاحتمال في العموم، ويشهد له قول أحمد في رواية صالح: (النِّيَّة فيما خفي، ليس فيما ظهر)(١).

ومنها: لو قال: نسائي الأربع طوالق، واستثنى بقلبه فلانة؛ فهي كالَّتي قبلها.

ومنها: لو قال: كلُّ عبد لي حرٌّ، واستثنى بقلبه بعض عبيده؛ فذكر ابن أبي موسى في صحَّته روايتين، ولكن صحَّة الاستثناء هنا أظهر، وفي كلام أحمد في مسألة الأشقاص ما يدلُّ عليه[١]؛ لأنَّ (كلًّا) وإن

---

[١] كتب على هامش (ن): (في رواية مهنَّى عن أحمد: لا يعتق الأشقاص، إلَّا أن ينويهم بالعتق، ثمَّ إن المصرَّح به في «التَّرغيب» كما نقله ابن همام في =

---

(١) ينظر: مسائل صالح (١/ ٤٦١).

كانت موضوعة لاستغراق ما تضاف إليه، إلَّا أنَّها من صيغ العموم القابلة للتَّخصيص في الجملة.

تنبيه حسن:

فرَّق الأصحاب بين الإثبات والنَّفي في الأيمان في مسائل، وقالوا: في الإثبات لا يتعلَّق البرُّ إلَّا بتمام المسمَّى، وفي الحنث يتعلَّق ببعضه على الصَّحيح.

وقالوا: الأيمان تُحمل على عرف الشَّرع(١)، والشَّارع إذا نهى عن شيء؛ تعلَّق النَّهي بجملته وأبعاضه، وإذا أمر بشيء؛ لم يحسن الامتثال بدون الإتيان بكماله.

فأخذ الشَّيخ تقيُّ الدِّين من هذا: أنَّ اليمين في الإثبات لا تعمُّ، وفي النَّفي تعمُّ؛ كما عمَّت أجزاء المحلوف عليه، قال[١]: (وقد ذكر القاضي في موضع من «خلافه»: أنَّ السَّبب يقتضي التَّعميم في النَّفي دون الإثبات)(٢).

= قواعده، وقال: نصَّ عليه، أنَّه لو قال: كلُّ عبد لي أو في ملكي حرٌّ، فإنَّه يعتق عليه جميع عبيده، نوى العموم أو لم ينو، نوى بعضهم دون بعض أو لا، قال: لأن النِّيَّة لا أثر لها في الصريح على الصَّحيح. انتهى).

[١] كتب على هامش (ن): (ليس في النُّسخة المعتمدة لفظ: "قال"، وهو الظَّاهر من الكلام).

(١) قوله: (الشَّرع) سقط من (أ).

(٢) ينظر: المسودة (ص ٣٩١).

قال الشَّيخ: وهذا قياس المذهب في الأيمان، وقرَّره: بأنَّ المفاسد يجب اجتنابها كلِّها، بخلاف المصالح؛ فإنَّه إنَّما يجب تحصيل ما يحتاج إليه منها، فإذا وجب تحصيل مصلحة؛ لم يجب تحصيل أخرى مثلها؛ للاستغناء عنها بالأولى.

وكلامه يشمل التَّعميم بالنِّيَّة حتَّى ذكر في العلَّة المنصوصة في كلام الشَّارع: أنَّها إن كانت في تحريمٍ؛ تعدَّى بالقياس إلى غير المنصوص عليه بالعلَّة، وإن كانت إيجابًا؛ لم يتعدَّ، وذكر أنَّ هذا قياس المذهب[١].

وحكى عن أبي الخطَّاب: أنَّه لو قال: أوجبت كلَّ يوم أكل السُّكَّر؛ لأنَّه حلو؛ وجب أكل كلِّ حلو.

ثمَّ قال: هذا بعيد، بل الَّذي يقال: إنَّه يجب كلَّ يوم أكل شيء من الحلو كائنًا ما كان، قال: وفيه نظر؛ لأنَّه يبطل إيجاب السُّكَّر.

وعلى هذا التَّقدير؛ فلا إشكال في مسألة قول السَّيِّد: أعتقت غانمًا لسواده، وأنَّه لا يعتق عليه كلُّ أسود؛ كما هو قول الجمهور، خلافًا لما ذكره أبو الفتح الحلوانيُّ وأبو الخطَّاب، والله أعلم.

---

(١) ينظر: المسودة (ص ٣٩١).

قاعدة [١٢٦]

الصُّور الَّتي لا تُقصَد من العموم عادة؛ إمَّا لندورها، أو لاختصاصها بمانع، لكن يشملها اللَّفظ مع اعتراف المتكلِّم بأنَّه لم يُرد إدخالها فيه؛ هل يحكم بدخولها أم لا؟

في المسألة خلاف، ويترجَّح في بعض المواضع الدُّخول وفي بعضها عدمه؛ بحسب قوَّة القرائن وضعفها.

ويتخرَّج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها: إذا قيل له: تزوَّجت على امرأتك؟ فقال: كلُّ امرأة لي طالق؛ هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا، إذا قال: لم أردها؟

وقد سبق[١] أنَّ أحمد نصَّ تارة على أنَّها تطلق، وتوقَّف فيها[٢] أخرى، وخرَّجها ابن عقيل على روايتين.

ومنها: لو قذف آباءه إلى آدم وحوَّاء؛ فنصَّ أحمد في رواية حرب: على أنَّ عليه حدًّا واحدًا[٣]، ولم يجعله ردَّة عن الإسلام؛ لأنَّه لم يقصد دخول الأنبياء في ذلك، ولا يقصد ذلك مسلم.

---

(١) ينظر: آخر القاعدة ١٢٤ (٢/ ٤٤٤).

(٢) في (أ): فيه.

(٣) ينظر: الفروع (١٠/ ٩١).

وخرَّج الشَّيخ تقيُّ الدِّين فيه وجهًا آخر: أنَّه ردَّة من المسألة الآتية[(١)].

ومنها: لو قال: عصيت الله فيما أمرني به؛ هل تكون يمينًا؟

قال القاضي: ليس بيمين؛ لأنَّ المشهور تخصيص المعاصي بالذُّنوب دون الكفر.

وقال صاحب «المحَّرر»: عندي أنَّه يمين لدخول التَّوحيد فيه.

ومنها: لو قال لعبيده وهم عنده: أنتم أحرار، وكان فيهم أمُّ ولده وهو لا يعلم بها، ولم يُرِد عِتقَها؛ هل تعتق أم لا؟ على روايتين، حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى، ونصَّ أحمد على عتقها في رواية ابن هانئ وغيره[(٢)].

وشبَّهها في رواية أحمد بن الحسين بن حسَّان بمن نادى امرأة له، فأجابته أخرى، فطلَّقها يظنُّها المناداة، وقال: تطلق هذه بالإجابة، وتلك بالتَّسمية[(٣)].

وهذه المسألة - أعني: مسألة المناداة - فيها روايتان:

إحداهما: تطلق المناداة وحدها، نقلها مهنَّى[(٤)]، وهي اختيار الأكثرين؛ كأبي بكر وابن حامد والقاضي؛ فيتعيَّن تخريج رواية في أمِّ

---

(١) قوله: (الآتية) هي في (أ): الَّتي تأتي.

(٢) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ٨٠)، والروايتين والوجهين (٢/ ١٦٤).

(٣) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ١٦٤).

(٤) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ١٦٥).

الولد: أنَّها لا تعتق منها [١].

وعلى الرِّواية الثَّانية: تعتق المناداة والمجيبة.

وظاهر كلام أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسَّان: أنَّهما تطلقان جميعًا في الباطن والظَّاهر، كما نقول في إحدى الرِّوايتين: إذا لقي امرأة يظنُّها أجنبيَّة، فطلَّقها، فإذا هي زوجته؛ أنَّ زوجته تطلق ظاهرًا وباطنًا.

وزعم صاحب «المحرَّر» أنَّ المجيبة إنَّما تطلق ظاهرًا.

والفرق بينها وبين المطلَّقة الَّتي يعتقدها أجنبيَّة: أنَّ الطَّلاق ههنا صادف محلًّا ينفذ فيه، وهو المناداة؛ فلا تحتاج إلى محلٍّ آخر، بخلاف طلاق من يعتقدها أجنبيَّة؛ فإنَّه لو لم يقع بها؛ لَلَغِيَ الطَّلاق الصَّادر من أهله في محلِّه، ولا سبيل إليه، وقد أشار أحمد إلى معنى هذا الفرق، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله(١).

ومنها: لو حلف لا يسلِّم على فلان، فسلَّم على جماعة هو فيهم، وهو لا يعلم بمكانه، ولم يرده بالسَّلام؛ فحكى الأصحاب في حنثه الرِّوايتين.

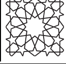
ويشبه تخريجهما على مسألة من حلف لا يفعل شيئًا ففعله جاهلًا بأنَّه المحلوف عليه.

---

[١] كتب على هامش (ن): (بجامع أنَّ كلًّا من المجيبة وأمِّ الولد مخاطبة غير مقصودة).

---

(١) ينظر: (٢/ ٤٥٩).



والمنصوص عن أحمد ههنا الحنث في رواية مهنَّى[(١)]؛ حتَّى فيما إذا كان المحلوف عليه مستترًا بين القوم بارية في المسجد وهو لا يراه.

ونقل عنه أبو طالب: إن كان وحده فسلَّم عليه وهو لا يعرفه؛ حنث، وإن كان بين جماعة ولم يعلم به؛ لم يحنث؛ لأنَّه أراد الجماعة.

وهذا يشبه ما تقدَّم في الفرق بين المناداة إذا أجابت غيرها، وبين من يطلِّقها يعتقدها أجنبيَّة، فإنَّ المحلوف عليه لم يقصد السَّلام عليه بالكليَّة، وهناك من يصحُّ قصده غيره، فانصرف السَّلام إليه دونه، بخلاف ما إذا كان وحده؛ فإنَّ المحلوف عليه وجد، ولكن مع الجهل به.

وقد تأوَّل القاضي رواية أبي طالب هذه على أنَّه أخرجه بالنِّيَّة من السَّلام، ولا يصحُّ؛ لأنَّه لم يكن عالمًا بحضوره بينهم؛ فكيف يستثنيه بالنِّيَّة؟!

ومنها: لو وقف المسلم على قرابته، أو أهل قريته، أو وصَّى لهم وفيهم مسلمون وكفَّار؛ لم يتناول الكفَّار حتَّى يصرِّح بدخولهم، نصَّ عليه في رواية حرب وأبي طالب[(٢)].

ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفَّار؛ ففي الاقتصار عليه وجهان؛ لأنَّ حمل اللَّفظ العامِّ على واحد بعيد جدًّا[(٣)].

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٣/ ٥٩).

(٢) ينظر: أحكام أهل الملل والردة (ص ٢٢٦).

(٣) علق في الإنصاف (١٦/ ٥٠٦): (قلت: الصواب الدخول في هذه الصورة).

ومنها: لو تهايأ المعتَق بعضه وسيِّده على منافعه وأكسابه؛ فهل يدخل فيها الأكساب النَّادرة؛ كالرِّكاز والهديَّة واللُّقطة، أم لا؟ على وجهين.

ومنها: لو قال: ما أحلَّ الله عليَّ حرام، وله زوجة ومال، وقال: لم أرد زوجتي؛ فهو مظاهر، عليه كفَّارة الظِّهار، نصَّ عليه في رواية ابن منصور[(١)]؛ لأنَّ الزَّوجة أشهر أفراد الحلال الَّذي يقصد تحريمه، ولا ينصرف الذِّهن ابتداء إلى غيره؛ فلا يصحُّ إخراجه من العموم بعدم إرادة دخوله، وإنَّما يصحُّ إخراجه بإرادة عدم دخوله.

فأمَّا إن لم يكن له زوجة وله مال؛ فهو يمين كسائر تحريم المباحات.

وإذا كان له زوجة ومال؛ فعليه كفَّارة ظهار لا غير، نصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور[(٢)] وأبي طالب[(٣)] في صورة: كلُّ ما أحلَّ الله عليَّ حرام.

وقال ابن عقيل: تجب مع كفَّارة الظِّهار كفَّارة يمين؛ لدخول المال في العموم.

ووجَّه القاضي نصَّ أحمد بتوجيهات مستبعدة، وعندي في تخريجه وجهان:

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٥٨٢).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٥/ ٢٤٤٠).

(٣) قوله: (ابن منصور وأبي طالب) هو في (ب) و(د) و(و): أبي طالب وابن منصور.

أحدهما: أنَّ المتبادر إلى الأفهام من تحريم الحلال؛ تحريم الزَّوجة دون الأموال؛ فإنَّها لا تُقصد بالتَّحريم، فلا تدخل في العموم؛ لكونها لا تُقصد عادة، فتكون المسألة حينئذ من صور القاعدة.

والثَّاني: أن تكون مخرَّجة على قوله بتداخل الأيمان، وأنَّ موجَبها واحد؛ فإنَّ الجنس ههنا واحد، وهو تحريم الحلال؛ فصار موجبه كفَّارة واحدة، ثمَّ تعيَّنت بكفَّارة الظِّهار؛ لدخول كفَّارة اليمين فيها، من غير عكس.

قاعدة [١٢٧]

إذا استند إتلاف أموال الآدميِّين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب؛ تعلَّق الضَّمان بالمباشرة دون السَّبب، إلَّا أن تكون المباشرة مبنيَّة على السَّبب وناشئة عنه[١]، سواء كانت ملجئة[٢] إليه أو غير ملجئة[٣].

ثمَّ إن كانت المباشرة والحالة هذه[٤] لا عدوان فيها بالكليَّة؛ استقلَّ

---

[١] كتب على هامش (ن): (مثل من قُدِّم إليه طعام كمسموم، وهو لا يعلم بسُمِّه، فأكله، وهذا مثال للمباشرة النَّاشئة عن السَّبب من غير إلجاء، وأمَّا المباشرة النَّاشئة عنه مع الإلجاء؛ فالمكره كما تأتي مسائله).

[٢] كتب على هامش (ن): (قوله: «سواء كانت ملجِئة» الصَّواب كتابة ملجَأة بالألف؛ لأنَّها اسم مفعول، فلا موجب لكتابة الهمزة بانفتاح ما قبلها، ويجوز أن تكون ملجِئة بكسر الجيم بصيغة اسم الفاعل، ويكون الضَّمير في «كانت» للسَّببيَّة المفهومة من السَّبب، ويعضده قوله في آخر مسألة من هذه القاعدة: (والأوَّل متسبِّب غير ملجئ)، فجعل الإلجاء من السَّبب).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: ثمَّ إذا كانت ناشئة عن السَّبب ومبنيَّة عليه؛ فلا يختصُّ الضَّمان بالمباشر، بل إن تجرَّدت المباشرة عن العدوان؛ فلا ضمان على المباشر، وإن اتَّصفت به؛ شاركت السَّبب فيه).

[٤] كتب على هامش (ن): (الإشارة بـ«هذه» إلى كون المباشرة ناشئة عن السَّبب).

السَّبب وحده بالضَّمان.

وإن كان فيها عدوان؛ شاركت السَّبب في الضَّمان. فالأقسام ثلاثة[١].

من(١) صور القسم الأوَّل[٢] مسائل:

منها: إذا حفر واحد بئرًا عدوانًا، ثمَّ دفع غيره فيها؛ آدميًّا معصومًا أو مالًا لمعصوم، فسقط، فتلف؛ فالضَّمان على الدَّافع وحده.

ومنها: لو فتح قفصًا عن طائر، فاستقرَّ بعد فتحه، فجاء آخر فنفَّره؛ فالضَّمان على المنفِّر وحده.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: «فالأقسام ثلاثة» يقال فيه: بل هي أربعة، الأوَّل: مباشرة ليست ناشئة عن السَّبب، والثَّاني: مباشرة ناشئة عنه مع العدوان فيها؛ كمن حفر بئرًا عدوانًا فأوقع إنسان فيها إنسانًا فأتلفه، والثَّالث: ناشئة عنه مع عدم العدوان فيها؛ كمن حفر بئرًا عدوانًا، فوقع فيها إنسان؛ لعدم علمه بها، وأمَّا الَّتي ليست المباشرة ناشئة عن السَّبب، فهي أيضًا قسمان؛ أحدهما وهو القسم الثَّالث: أن يكون السَّبب فيه عدوانًا؛ كمن حفر بئرًا عدوانًا فوقع فيه إنسان، والثَّاني وهو القسم الرَّابع: أن تكون غير ناشئة عن سبب ليس معه عدوان؛ كمن حفر بئرًا في ملكه فدفع آخر فيها إنسانًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (القسم الأوَّل هو ما ليست المباشرة مبنيَّة على السَّبب، وناشئة عنه).

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): ومن.

ومنها: لو رمى معصومًا من شاهق، فتلقَّاه آخر بسيف، فقدَّه به؛ فالقاتل هو الثَّاني دون الأوَّل.

فأمَّا إذا(١) ضرب بطن امرأة فألقت جنينًا وفيه حياة غير مستقِرَّة، فضربه آخر فمات؛ فالقاتل هو الأوَّل، وعليه الغرَّة، ويعزَّر الثَّاني؛ لأنَّ الضَّارب ليس بمتسبِّب، بل هو مباشر للقتل؛ فلذلك لزمه الضَّمان.

وكذا لو رمى صيدًا فأصاب مقتله، ثمَّ رماه آخر فمات؛ فالقاتل هو الأوَّل، فيباح الصَّيد بذلك، والثَّاني جان عليه؛ فيضمن ما خرق من جلده، هذا قول القاضي والأكثرين.

وخرَّجه طائفة على الخلاف في تحريم ما سقط بعد الذَّبح في ماء ونحوه؛ لإعانته على قتله، وظاهر كلام الخرقيِّ تحريمه ههنا؛ فيضمن الثَّاني قيمته كاملة، ويسقط منها قدر جرح الأوَّل.

ومن صور القسم الثَّاني[١] مسائل:

منها: إذا قدَّم إليه طعامًا مسمومًا عالمًا به، فأكله وهو لا يعلم بالحال؛ فالقاتل هو المقدِّم، وعليه القصاص والدِّية[٢].

ومنها: لو قتل الحاكم حدًّا أو قصاصًا بشهادة، ثمَّ أقرَّ الشُّهود أنَّهم تعمَّدوا الكذب؛ فالضَّمان والقود عليهم دون الحاكم.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو ما يجرَّد فيه المباشرة من العدوان).

[٢] كتب على هامش (ن): (الواو هنا بمعنى أو).

---

(١) قوله: (فأما إذا): هو في (ب): ومنها لو. وفي (ج) و(هـ): إن لو.

ونقل أبو النَّضر العجليُّ(١) عن أحمد: إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة، ثمَّ تبيَّن أنَّ المرجوم مجبوب؛ فالضَّمان على الحاكم.

وهو مشكل؛ لأنَّه قد تبيَّن كذبهم بالعيان؛ فهو كإقرارهم بتعمُّد الكذب.

وقد يفرَّق بأنَّ المجبوب لا يخفى حاله(٢) غالبًا؛ فالإقدام على رجمه لا يخلو من تفريط، وبأنَّ الشُّهود قد يشتبه عليهم؛ فلا يتحقَّق تعمُّدهم للكذب.

وأمَّا إن تبيَّن أنَّ الشُّهود فسقة أو كفَّار - وقلنا: يُنقض الحكم[١] - وكان الحقُّ لآدميٍّ؛ فالضَّمان على المحكوم له.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لا خلاف في نقضه إذا بان الشُّهود كفَّارًا، إنَّما الرِّوايتان فيما إذا كانوا فسقة؛ فكان ينبغي أن يقول: «أنَّ الشُّهود كفَّار أو فسقة» ليكون ترديد الخلاف في نقض الحكم راجعًا إلى ما يليه، هذا الَّذي ذكرناه هو المعروف؛ إذ الخلاف في تبيُّن الفسق، ولكن سيأتي أنَّ القاضي وأبا الخطَّاب حكيا رواية: لا يُنقض الحكم، وظاهره أنَّه في الفسق والكفر، ولم أجد بذلك نقلًا، وكلُّ الأصحاب إنَّما يحكون الرواية بعدم النَّقض في الفسق خاصَّة، ولعلَّ ذلك هو مراد المصنِّف فيما نقله عن القاضي وأبي الخطَّاب أنَّهما ذكرا رواية بعدم النَّقض، كما سيأتي).

---

(١) هو إسماعيل بن عبد الله بن ميمون بن عبد الحميد بن أبي الرجال، أبو النضر العجلي، مروزي الأصل، سمع من الإمام أحمد، ونقل عنه مسائل كثيرة، توفي سنة ٢٧٠هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٠٥.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): أمره.

وإن كان لله تعالى؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يستند الحاكم في قبول الشَّهادة إلى تزكية من زكَّاهم، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها(١): الضَّمان على المزكِّين، قاله أبو الخطَّاب، وصحَّحه صاحبا «الكافي» و«التَّرغيب»؛ لأنَّهم ألجؤوا الحاكم إلى الحكم، والحاكم فعل ما وجب عليه، والشُّهود لا يعترفون ببطلان شهادتهم؛ فتعيَّن إحالة الضَّمان على المزكِّين.

والثَّاني: الضَّمان على الحاكم وحده، قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الشَّهادات؛ لأنَّه مفرِّط بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادته، وحكمه يختصُّ بالمحكوم به، بخلاف التَّزكية؛ فإنَّها لا تختصُّ المحكوم به.

والثَّالث: يخيَّر المستحِقُّ بين تضمين من شاء من الحاكم والمزكِّين، والقرار على المزكِّين، قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الحدود؛ لما ذكرنا من وجه تغريم كلٍّ منهما؛ فيخيَّر المستحِقُّ، ويستقرُّ الضَّمان على المزكِّين؛ لإلجائهم الحاكم إلى الحكم.

وحُكي عن أبي الخطَّاب وجه رابع: أنَّ الضَّمان على الشُّهود؛ كما لو رجعوا عن الشَّهادة.

ولا تصحُّ حكايته عنه؛ لتصريحه بخلافه[١]، وهو غير متوجِّه؛ لأنَّهم

---

[١] كتب على هامش (ن): (لا يلزم من تصريحه بخلافه عدم صحَّة نقل ذلك عنه؛ لجواز أن يكون له قولان فيها).

---

(١) في (ب): أحدهما. وفي (و): أحدهم.

لم يعترفوا ببطلان شهادتهم ولا ظهر كذبهم، بخلاف الرَّاجعين عن الشَّهادة، ولكن ذكر القاضي وأبو الخطَّاب رواية أنَّه لا يُنقض الحكم[١] ويضمن الشُّهود، وهذا ضعيف جدًّا.

وخرَّج صاحب المحرَّر في «تعليقه على الهداية» ضمان الشُّهود من إحدى الرِّوايتين فيما إذا شهد أربعة بالزِّنى ثمَّ بانوا فسَّاقًا؛ فإنَّهم يُحَدُّون على إحدى الرِّوايتين؛ وإن لم يعترفوا ببطلان قولهم.

وهذا تخريج ضعيف؛ لأنَّ الشَّهادة بالزِّنى قذف في المعنى، موجِبة للحدِّ في نفسها؛ إلَّا أن يوجد معها كمال النِّصاب المعتبر، ولم يوجد ذلك هنا.

وكذلك يجب عليهم حدُّ القذف، سواء استُوفِي من المشهود عليه الحدُّ أو لا، وليس المستوفَى من الشَّاهد نظير المستوفَى من المشهود عليه.

وأمَّا الشَّهادة بالمال؛ فلا يترتَّب عليها ضمان إلَّا أن ينشأ عنها غرم، ثمَّ يتبيَّن بطلانها؛ إمَّا بإقرار الشَّاهد، أو يتبيَّن كذبها بالعيان، ولم يوجد هنا واحد منهما.

والحالة الثَّانية: ألَّا يكون ثَمَّ تزكية؛ فالضَّمان على الحاكم وحده، ذكره الخرقيُّ والأصحاب؛ لتفريطه بقبول من لا يجوز قبول شهادته من غير إلجاء إلى القبول.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ظاهر هذا: أنَّه سواء بان الشُّهود فسقة أو كفَّارًا، والمعروف أنَّ اختلاف الرِّوايتين إنَّما هو في الفسقة لا في الكفَّار، فليحرَّر).

ومنها: المكره على إتلاف مال الغير، وفي الضَّمان وجهان:

أحدهما: أنَّه على المكرِه وحده، لكن للمستحِقِّ مطالبة المتلِف، ويرجع به على المكرِه؛ لأنَّه معذور في ذلك الفعل؛ فلم يلزمه الضَّمان، بخلاف المكرَه على القتل؛ فإنَّه غير معذور؛ فلهذا شاركه في الضَّمان، وبهذا جزم القاضي في كتاب «الأمر بالمعروف والنَّهيِّ عن المنكر»، وابن عقيل في «عمد الأدلَّة».

والثَّاني: عليهما الضَّمان؛ كالدِّية، صرَّح به في «التَّلخيص»، وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتمالًا، وعلَّل باشتراكهما في الإثم، وهذا تصريح بأنَّ الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير، وكان فرض الكلام في الوديعة.

وحكى احتمالًا آخر: أنَّ الضَّمان على المتلِف وحده، كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله، وهذا ضعيف جدًّا؛ لأنَّ المضطر لم يُلجئه إلى الإتلاف من يحال الضَّمان عليه.

ولو أُكره على تسليم الوديعة إلى غير المالك، فقال القاضي: لا ضمان؛ لأنَّه ليس بإتلاف، كذا ذكره في بعض تعاليقه، وصرَّح به في «المجرَّد» مفرِّقًا بينه وبين الإكراه على القتل: بأنَّ القتل لا يُعذر فيه بالإكراه، بخلاف هذا، وهذا التَّعليل يشمل الإتلاف أيضًا.

وتابع ابن عقيل في «الفصول» وصاحب «المغني» القاضيَ في «المجرَّد».

وفي «شرح الهداية» لأبي البركات: المذهب[1] أنَّه لا يضمن؛ كما

---

(١) زاد في (ب): في.

لو حلف لا يدخل الدَّار فدخلها مكرهًا.

وفي «الفتاوى الرَّجبيات» عن أبي الخطَّاب وابن عقيل: الضَّمان مطلقًا؛ لأنَّه افتدى بها ضرره.

وعن ابن الزاغونيِّ: أنَّه إن أُكره على التَّسليم بالتَّهديد والوعيد؛ فعليه الضَّمان ولا إثم، وإن ناله العذاب؛ فلا إثم ولا ضمان.

وأشار صاحب «المحرَّر» في مسألة الإكراه على الأكل في الصَّوم[١] من «شرح الهداية» إلى خلافٍ في أصل جواز تضمين المكرَه على إتلاف المال.

وقد ذكر صاحب «المغني» في الأيمان: أنَّ المحرِم إذا قتل صيدًا مكرهًا؛ فضمانه على المكرِه له.

وقد نصَّ أحمد في رواية ابن ثواب على أنَّ حافر البئر عدوانًا إذا أكرهه السُّلطان على الحفر؛ لم يضمن(١)، لكن هذا إكراه على السَّبب دون المباشرة.

وهذه النُّقول الثَّلاثة ترجع إلى أنَّه لا يضمن ابتداء من لا يستقرُّ عليه

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال في «الفروع»: ولا يفطر بكُرْهٍ، سواء أكره على الفعل حتَّى فعل، أو فُعل به، وفي «الرِّعاية»: لا قضاء في الأصح).

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٢٨٩)، ونقلها ابن القيم في بدائع الفوائد (٤/ ٨١): قلت: رجل حفر بئرًا، قال: (إن كان ما أخذه به السلطان فلا يضمن، وإن كان مما أراد بها النفع لداره، أو ليحدث فيها الشيء؛ ضمن، وضمن الحفار معه إذا جاء به إلى الطريق وهو يعلم مثله لا يكون ملكًا له فحفر له شاركه في الضمان).

الضَّمان، وقد تقدَّم ذلك(١).

وأمَّا المكرهة على الوطء في الحجِّ والصِّيام إذا أفسدنا حجَّها وصيامها[١]؛ فهل تجب عليها الكفَّارة في مالها، أو لا يجب عليها شيء، أو يجب على الزَّوج أن يتحمَّلها عنها؟

على ثلاث روايات، وتأوَّل بعضهم الأولى على أنَّها ترجع بها على الزَّوج.

والمكرَه على حلق رأسه في الإحرام؛ تجب الفدية على الحالق في أشهر الوجهين، قاله أبو بكر.

والثَّاني: على المحلوق، يرجع بها على الحالق، ذكره ابن أبي موسى وجهًا؛ لأنَّ حلق الشَّعر كالإتلاف، ولهذا يستوي عمده وسهوه على المشهور(٢).

ومن صور القسم الثَّالث(٣)[٢] مسائل:

---

[١] كتب على هامش (ن): (لا نعرف في فساد صومها وحجِّها خلافًا، إنَّما الخلاف في الفدية، نعم ذكر في «الفروع» عن «الرَّوضة»: المكرهة يفسد صومها ولا يلزمها كفَّارة، ولا يفسد حجُّها وعليها بدنة، ثمَّ قال: كذا قال).
ذكر في الفروع (٥/ ٤٣)، وفي الانصاف (٧/ ٤٤٨) رواية ثانية بفساد صومها.

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو ما اتَّصف فيه المباشر بالعدوان).

---

(١) من قوله: (وهذه النُّقول الثَّلاثة) إلى هنا سقط من (ب).

(٢) قوله: (لأنَّ حلق الشَّعر كالإتلاف، ولهذا يستوي عمده وسهوه على المشهور) سقط من (ب).

(٣) في (أ) و(ب) و(د) (و): الثَّاني.

منها: المكرَه على القتل، والمذهب: اشتراك المكرَه والمكرِه في القَوَد والضَّمان؛ لأنَّ الإكراه ليس بعذر في القتل.

وذكر القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في باب الرَّهن: أنَّ أبا بكر ذكر أنَّ القود على المكرَه المباشر، ولم يذكر على المكرِه قودًا، قالا: والمذهب وجوبه عليهما؛ كما نصَّ عليه أحمد(١) في الشُّهود الرَّاجعين إذا اعترفوا بالعمد[١](٢).

وقد بيَّن القاضي في «خلافه» كلام أبي بكر، وأنَّه قال في الأسير إذا أُكره على قتل مسلم فقتله؛ فعليه القود، وههنا المكرِه ليس من أهل الضَّمان؛ لأنَّه حربيٌّ؛ فلذلك لم يذكر تضمينه.

وذكر ابن الصَّيرفيِّ أنَّ أبا بكر السَّمرقنديِّ(٣) من أصحابنا خرَّج وجهًا: أنَّه لا قود على واحد منهما، من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد، وأولى؛ لأنَّ السَّبب ههنا غير صالح في كلِّ واحد منهما؛ لأنَّ أحدهما

[١] كتب على هامش (ن): (لأنَّهم كأنَّهم أكرهوا الحاكم على الحكم بشهادتهم. من خطِّ المصنِّف).

(١) قوله: (نص عليه أحمد) هو في (أ) و(ن): نص أحمد عليه.

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٧/ ٣٦٧٨): قلت: سئل سفيان عن امرأة شهدوا عليها بالزنى فرُجمت، فرجعوا وقالوا: تعمدنا؟ قال: يغرمون، ويضربون. قيل: أليس يعزرون، ويغرمون الدية؟ قال: بلى. قال أحمد: (يقتلون بها).

(٣) هو نجيب بن عبد الله السمرقندي، أبو بكر، ذكره يحيى بن الصيرفي الحراني الفقيه في بعض تصانيفه، وقال: (أظنه من تلامذة ابن عقيل)، قال: (وله تخاريج حسنة في المذهب). ينظر: ذيل طبقات الحنابلة ٢/ ٩.

متسبِّب والآخر مُلجَأ، وفي صورة الاشتراك هما مباشران مختاران.

ومنها: الممسِك مع القاتل؛ فإنَّهما يشتركان في الضَّمان والقود على إحدى الرِّوايتين.

وفي الأخرى: يختصُّ بالقود(١) المباشر بهما، ويُحبس الممسِك حتَّى يموت.

ومنها: لو حفر بئرًا عدوانًا في الطَّريق، فوضع آخر حجرًا إلى جانبها؛ فهل يختصُّ بالضَّمان الواضع؛ جعلًا له كالدَّافع، أو يشتركان فيه؛ كالممسك والقاتل؟ على روايتين.

ولو كان الحافر غير متعدٍّ؛ فالضَّمان على الواضع وحده، وهي من صور القسم الثَّاني[١].

ومنها: لو دلَّ المودَع لصًّا على الوديعة، فسرقها؛ فالضَّمان عليهما، ذكره القاضي وغيره؛ كما لو دلَّ المحرِم محرِمًا آخر على صيد فقلته.

ولو دلَّ حلالًا؛ فالضَّمان على المحرِم وحده، وهي من صور القسم الثَّاني.

ومنها: لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد، وتمكَّن من إرساله، فلم

---

[١] كتب على هامش (ن): (لا يظهر كونها من صور الثَّاني؛ لأنَّ من جعل فيها كالمباشر- وهو الواضع - متعدٍّ، وحكم المباشر في القسم الثَّاني كونه غير متعدٍّ).

---

(١) قوله: (بالقود) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و) و(ن).

يفعل حتَّى قتله محرم آخر؛ ففيه احتمالان ذكرهما القاضي في «المجرَّد»:

أحدهما: الضَّمان على القاتل؛ لأنَّه مباشر، والأوَّل متسبِّب غير ملجِئ.

والثَّاني: الضَّمان عليهما، على الأوَّل باليد، وعلى الثَّاني بالمباشرة.

ويتخرَّج على هذين الوجهين: كلُّ من أتلف عينًا في يد من هي مضمونة عليه باليد؛ هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد، أو يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف؟

وفرض القاضي في كتاب التَّخريج مسألة الصَّيد في حلالين: صاد أحدهما في الحرم صيدًا، فقتله الآخر فيه، وذكر أنَّ عليهما جزاءين كاملين: أحدهما على القاتل بقتله، والآخر على الممسك؛ لتلفه في يده قبل إرساله، ثمَّ يرجع الَّذي في يده على القاتل بما غرمه؛ لأنَّه قرَّر عليه ضمانًا كان قادرًا على التَّخلُّص منه بالإرسال.

وصرَّح في أثناء المسألة بأنَّ المغصوب إذا أتلفه متلِف في يد الغاصب؛ كان المالك مخيَّرًا في المطالبة لمن شاء منهما.

قاعدة [١٢٨]

إذا اختلف حال المضمون[١] في حالي الجناية والسِّراية.

فههنا أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون مضمونًا في الحالين، لكن يتفاوت قدر الضَّمان فيهما[٢]؛ فهل الاعتبار بحال السِّراية أو بحال الجناية؟ على روايتين[٣].

والقسم الثَّاني: أن يكون مهدرًا في الحالين[٤]؛ فلا ضمان بحال.

والثَّالث: أن تكون الجناية مهدرة والسِّراية في حال الضَّمان؛ فتهدر[٥] تبعًا للجناية بالاتِّفاق.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لو قيل: إذا اختلف حال المجني عليه؛ كان أولى من قوله: "حال المضمون"؛ لأنَّه قسَّم ذلك إلى أقسام منها: أن يكون مهدرًا في الحالين، وإذا كان مهدرًا فيهما؛ فليس مضمونًا، فلا يكون من أقسام المضمون).

[٢] كتب على هامش (ن): (مثل أن يكون حال الجناية عبدًا، فيعتق في حال السِّراية، أو ذميًّا فيُسلم).

[٣] كتب على هامش (ن): (أصحُّ الرِّوايتين بحال السِّراية).

[٤] كتب على هامش (ن): (مثل كونه حال الجناية حربيًّا، ثمَّ أسلم، ثمَّ ارتدَّ، ثمَّ مات).

[٥] كتب على هامش (ن): (مثل كونه حربيًّا ثمَّ يسلم).

والرَّابع: أن يكون الجناية في حال الضَّمان والسِّراية في حال الإهدار[١]**؛ فهل يسقط الضَّمان أم لا؟ على وجهين.**

فأمَّا القسم الأوَّل(١)؛ فله أمثلة:

منها: لو جرح ذميًّا، فأسلم ثمَّ مات؛ فلا قود، وهل تجب فيه دية مسلم أو دية ذميٍّ؟ على وجهين:

اختار القاضي وأبو الخطَّاب: وجوب دية ذميٍّ؛ اعتبارًا بحال الجناية.

وابن حامد: وجوب دية مسلم، وذكر ابن أبي موسى أنَّه نصُّ أحمد(٢).

وبكلِّ حال؛ فالدِّية تكون لورثته من المسلمين؛ لأنَّه استَحَقَّ أرش جرحه حيًّا، فملكه ثمَّ أسلم ومات؛ فانتقل ما ملكه إلى ورثته المسلمين، ذكره القاضي في «خلافه»، وأبو الخطَّاب في «الانتصار».

ومنها: لو جرح عبدًا، ثمَّ أُعتق، ثمَّ مات من الجرح؛ فهل يضمن بقيمته أو بدِيَته؟ على روايتين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (مثل أن يكون مسلمًا ثمَّ يرتدَّ).

---

(١) في (أ): الأوَّلين.

(٢) ذكر ابن أبي موسى المسألة في كتاب الإرشاد (٣/ ٩٣٥)، ولكن لم يذكر أنه نص أحمد. وينظر: المحرر (٢/ ١٤٦) فقد ذكر أنه نص أحمد.

نقل حنبل عن أحمد: يضمنه(١) بقيمته[١]، لا بالدِّية(٢)، وكذلك ذكره أبو بكر في «خلافه»، ونصره القاضي في «الخلاف» أيضًا.

ونقل ابن منصور عنه فيمن ضرب بطن أمة، فأعتقت، ثمَّ أسقطت جنينًا حيًّا، ثمَّ مات: هو حرٌّ[٢]، وعليه ديته(٣)؛ لأنَّ العتق لا يجب إلَّا بالولادة[٣]، وهذا اختيار ابن حامد، حكاه عنه القاضي: أنَّه يجب أقلُّ الأمرين من قيمة العبد أو الدِّية [٤].

وحكى أبو الخطَّاب عن القاضي: أنَّ ابن حامد أوجب دية حرٍّ، للمولى منها أقلُّ الأمرين من نصف الدِّية، أو نصف القيمة[٥]، والباقي لورثته.

وذكر القاضي في «المجرَّد» احتمالًا بوجوب أكثر الأمرين من القيمة

[١] كتب على هامش (ن): (اعتبارًا بحال الجناية).

[٢] كتب في هامش (ن): (اعتبارًا بحال السراية).

[٣] كتب على هامش (ن): (قوله: "لأنَّ العتق لا يجب إلَّا بالولادة" لم تظهر فائدته؛ لأنَّ العتق متأخِّر عن الجناية، فلا فرق بين ثبوته قبل الولادة أو بعدها).

[٤] كتب على هامش (ن): (لعلَّ وجهه: أنَّ الزَّائد مشكوك فيه).

[٥] كتب على هامش (ن): (هذا غريب).

(١) في (أ): تضمينه.

(٢) ينظر: الهداية (١/ ٥٢٦).

(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٧/ ٣٦٠٣).

أو الدِّية[١].

وذكر ابن أبي موسى أنَّ المنصوص في الذميِّ إذا أسلم: وجوب دية مسلم، وفي العبد إذا أُعتق(١): قيمة عبد، ثمَّ خرَّج المسألتين على روايتين.

وعلى الأولى؛ فجميع القيمة للسَّيِّد، ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب؛ لأنَّ السِّراية لا تثبت منفردة، وإنَّما تجب تابعة للجناية، وقد ثبت أرش الجرح للسَّيِّد حين كان المجروح عبدًا لا يملك؛ فتتبع السِّراية الجناية، ويكون أرشها لمستحِقِّ أرش الجناية، وهو السَّيِّد.

وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح، ثمَّ مات عند المشتري؛ فالقيمة كلُّها للأوَّل، ذكره القاضي.

وذكر ابن الزاغونيِّ في «الإقناع» فيما إذا قطع يَدَي عبد وقيمته ألفَا دينار، فأعتقه سيِّده، ثمَّ مات؛ احتمالين:

أحدهما: أنَّ الألفين بين السَّيِّد والورثة نصفين؛ توزيعًا للقيمة على السِّراية والجناية.

والثَّاني: يُقسم بينهما أثلاثًا[٢]؛ لأنَّ للسَّيِّد ما يقابل اليدين، وهو كمال القيمة[٣]، وللورثة كمال الدِّية[٤]، وهي بقدر نصف القيمة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعلَّ وجهه: التَّغليظ على الجاني).

[٢] كتب على هامش (ن): (للسَّيِّد ثلثان وللورثة ثلث).

[٣] كتب على هامش (ن): (ألفان).

[٤] كتب على هامش (ن): (ألف).

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): عتق.

ولا قصاص على الحرِّ المسلم في هذه المسألة والَّتي قبلها؛ لانتفاء المكافأة حال الجناية.

تنبيه:

ذكر القاضي في «خلافه» أنَّ رواية الضَّمان بدية حرٍّ، نقلها حرب عن أحمد(١)، وتبعه صاحب «المحرَّر» وزاد: أنَّ للسَّيِّد منها أقلَّ الأمرين.

ولم ينقل حرب شيئًا من ذلك، وإنَّما نقل أنَّه ذكر له قول الزُّهريِّ: يضمنه(٢) بقيمة مملوك؛ فقال: ما أدري كيف هذا؟ ولم يُجِب فيه بشيء، وهذا يدلُّ على أنَّه أنكر ضمانه بالقيمة، وإنَّما نقل ابن منصور عن أحمد أنَّه يضمنه بدية حرٍّ كاملة باللَّفظ الَّذي زعم القاضي أنَّ حربًا نقله.

ومنها: لو ضرب بطن أمة حامل، فأُعتقت، أو جنينها، ثمَّ ألقته ميِّتًا؛ فهل يضمنه بغرَّة جنين حرٍّ، أو بقيمة جنين أمة؟ على وجهين[١].

وكذلك لو ضرب بطن نصرانيَّة حامل بنصرانيٍّ، ثمَّ أسلمت، ثمَّ ألقت جنينًا ميِّتًا؛ هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذميٍّ؟ على الوجهين.

ومنها: لو قطع يدي عبد، وقيمته ألفان، ثمَّ سرت إلى نفسه ومات

---

[١] كتب على هامش (ن): (ذكر في «المحرَّر» بدلهما روايتين).

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٢٩)، المحرر (٢/ ١٤٦).
(٢) في (أ): تضمينه.

وقيمته ألف؛ فقال القاضي في «خلافه»: قياس المذهب أنَّه يضمنه بألفين؛ لأنَّ نقصان القيمة كنقصان بدله بالحريَّة[١]، وقد قلنا: يُضمن بألفين إذا أعتق(١)، كذلك هنا، قال: وهذا[٢] موضع مجمع عليه؛ لأنَّ موته حصل بقطع يده، وقيمته في تلك الحال ألفان.

ويلتحق بهذا: ما إذا جَرح ذميٌّ[٣] خطأً، ثمَّ أسلم[٤] وسرى الجرح إلى النَّفس، وفيه ثلاثة أوجه مذكورة في «المغني» و«المحرَّر»:

أحدها: الدِّية على عاقلته[٥] حال الجرح، وبه جزم في «الكافي» و«المحرَّر»؛ اعتبارًا بحال الجناية.

والثَّاني: على عاقلته أرش الجرح، والزَّائد بالسِّراية في ماله؛ لأنَّه حصل بعد مخالفته لدين عاقلته.

والثَّالث: الدِّية كلُّها في ماله؛ كما لو اختلفت ديته حال الرَّمي

[١] كتب على هامش (ن): (فإنَّه إذا عتق؛ يرجع).

[٢] كتب على هامش (ن): (الإشارة بـ"هذا" إلى اختلاف حال المجني عليه حال الجناية والسِّراية مع الضَّمان فيهما متفاوتًا، فيلتحق به اختلاف حال الجاني بين الجناية والسِّراية).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: إنسانًا).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: الجارح).

[٥] كتب على هامش (ن): (أي: الجارح).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(و): عتق.

والإصابة على ما يأتي ذكره؛ لأنَّ أرش الجرح إنَّما يستقرُّ بالاندمال أو السِّراية.

ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم، ثمَّ انجرَّ ولاؤه إلى موالي أبيه؛ ففي «المحرَّر»: هو على هذا الخلاف.

وفي «الكافي»: الدِّية في ماله، ولم يذكر خلافًا.

وأمَّا القسم الثَّاني[١]؛ فمن أمثلته: ما إذا جرح عبدًا حربيًّا، ثمَّ عتق(١)[٢]، ثمَّ مات، أو جرح عبدًا مرتدًّا، ثمَّ عتق[٣]، ثمَّ مات؛ فلا ضمان؛ لأنَّ الحربيَّ والمرتدَّ لا يُضمَن، حرًّا كان أو عبدًا [٤].

وأمَّا القسم الثَّالث[٥]؛ فله أمثلة:

منها: لو جرح حربيًّا، ثمَّ أسلم، ثمَّ مات؛ فلا ضمان.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو أن يكون مهدرًا في الحالين).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: وهو حربيٌّ).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: وهو مرتدٌّ).

[٤] كتب على هامش (ن): (لا يقال: إذا لم يكن فرق بين كونهما عبدين أو حرَّين؛ فلا فائدة في تقييد المثالين بكون المجروح فيهما عبدًا؛ لأنَّ فائدة ذلك أنَّه يكون حالة الجناية عبدًا وحال السِّراية حرًّا، فيختلف الحالان، ولو لم يكن عبدًا؛ لم يمكن اختلافهما).

[٥] كتب في هامش (ن): (وهو أن تكون الجناية مهدرة والسراية في حال الضمان).

---

(١) في (أ): أعتق.

ومنها: لو جرح مرتدًّا، ثمَّ أسلم، ثمَّ مات؛ فلا ضمان أيضًا.

وذكر صاحب «التَّرغيب» أنَّ الضَّمان هنا مخرَّج على الضَّمان فيما إذا طرأ الإسلام بعد الرَّمي وقبل الإصابة.

ومنها: لو جرح صيدًا في الحلِّ، ثمَّ دخل الحرم فمات فيه؛ فلا ضمان، ويحلُّ أكله؛ لأنَّه ذكَّاه في الحلِّ، ذكره القاضي، ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقد سأله عن قول سفيان في صيد رُمي في الحلِّ، فتحامل، فدخل في الحرم، فمات؛ قال: ليس عليه كفَّارة، ويكره أكله؛ لأنَّه مات في الحرم. قال أحمد: ما أحسن ما قال!(١) وهذه الكراهة كراهة تنزيه.

ومنها: لو جرح عَبْدَ نفسِه، ثم عتق، ثمَّ مات؛ فهل يضمنه[١] أم لا[٢]؟ على وجهين ذكرهما في «التَّرغيب»؛ لأنَّ عبد نفسه إنَّما يهدر ضمانه على السَّيِّد دون غيره؛ فهو مضمون في الجملة، بخلاف المرتدِّ والحربيِّ[٣].

وظاهر كلام القاضي: أنَّه يضمنه بدية حرٍّ.

وأمَّا على قول أبي بكر: (إنَّ الضَّمان بالقيمة)؛ فلا إشكال في عدم ضمانه، ولهذا خرَّجه صاحب «الكافي» على الوجهين في الاعتبار بحال

---

[١] كتب على هامش (ن): (اعتبارًا بحال السِّراية).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: أم لا يضمنه اعتبارًا بحال الجناية).

[٣] كتب على هامش (ن): (فإنَّهما لا يضمنان بحال).

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٩٣).

الجناية أو السِّراية.

وأمَّا القسم الرَّابع؛ فله أمثلة:

منها: لو جرح مسلمًا أو قطع يده عمدًا، فارتدَّ ثمَّ مات؛ فهل يجب القود في طرفه أم لا؟ على وجهين، المرجَّح منهما عدمه؛ لأنَّ الجراحة صارت نفسًا لا قود فيها بالاتِّفاق.

وفي «التَّرغيب»: أصل الوجهين الخلاف فيما إذا قطع يده عمدًا، فسرت إلى نفسه؛ هل يقتصُّ في الطَّرف ثمَّ في النَّفس، أم في النَّفس فحسب؟

وعلى وجه ثبوت القود؛ هل يستوفيه الإمام أو وليُّه المسلم؟ على وجهين، والمحكي عن أبي بكر أنَّه يستوفيه الوليُّ.

قال في «التَّرغيب»: أصلهما أنَّ ماله هل هو فيء، أو لورثته وهو ظاهر كلام الآمديِّ؟ قال في «التَّرغيب»(١): وعلى القول بأنَّ الوارث يستوفيه لو عفا على مال؛ لم يكن له المال؛ لامتناع إرثه [١].

وفي «المحرَّر»: الوجهان على قولنا: ماله فيء.

وأمَّا ضمان طرفه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: لا ضمان أيضًا؛ لأنَّ الجناية صارت نفسًا مهدرة.

---

[١] كتب على هامش (ن): (حيث جعل الاستيفاء إلى الوارث؛ لكونه وارثًا، فكيف يُعلَّل عدم كون المال له بامتناع إرثه).

---

(١) قوله: (في التَّرغيب) سقط من (أ).

والثَّاني: يضمن؛ لثبوت الضمان في[(١)] الطَّرَف قبل الرِّدَّة.

ثمَّ هل يضمن بأقلِّ الأمرين من دية النَّفس أو الطَّرَف، أو بدية الطَّرَف مطلقًا؟ على وجهين، المرجَّح منهما الأوَّل، ولم يذكر في «المحرَّر» سواه.

ومنها: لو جرح صيدًا في الحرم، فخرج إلى الحلِّ فمات؛ لزمه كمال ضمانه، ذكره القاضي وأبو الخطَّاب في «خلافيهما»؛ تغليبًا لضمان الصَّيد، حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر؛ كالمتولِّد بين مأكول وغيره.

ويتوجَّه: أن يضمن أرش جرحه خاصَّة من المسألة الَّتي قبلها.

(١) قوله: (الضَّمان في) هو في (ب) وباقي النسخ: ضمان.

قاعدة [١٢٩]

إذا تغيَّر حال المرميِّ أو الرَّامي بين الرَّمي والإصابة؛ فهل الاعتبار بحالة الإصابة، أم بحالة الرَّمي، أم يفرَّق بين القود والضَّمان، أم بين أن يكون الرَّمي مباحًا أو محظورًا؟ فيه للأصحاب أوجه.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: لو رمى مسلم ذميًّا، أو حرٌّ عبدًا، فلم يقع بهما السَّهم حتَّى أسلم الذِّميُّ، وعتق العبد، ثمَّ ماتا؛ فهل يجب القود أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجب، وهو قول الخرقيِّ وابن حامد، وصحَّحه القاضي؛ لفقد التَّكافؤ حين الجناية، وهو حالة الإرسال؛ فهو كما لو رمى إلى مرتدٍّ ثمَّ أسلم[١] قبل الإصابة.

والثَّاني: يجب، وهو قول أبي بكر، وأخذه ممَّا روى الحسن بن محمَّد بن الحارث[٢] عن أحمد في رجل أرسل سهمًا على زيد،

(١) قوله: (ثمَّ أسلم) هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): فأسلم.

(٢) هو الحسن بن محمد بن الحارث السجستاني، نقل عن الإمام أحمد أشياء. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ١٣٩.

فأصاب عمرًا؛ قال: (هو عمد، عليه القود)(١)، فاعتبر الرَّمي المحظور إذا أصاب به معصومًا؛ وإن كان غير المقصود.

وفرَّق أبو بكر بين رمي المرتدِّ والذِّميِّ: بأنَّ رمي المرتدِّ مباح.

وردَّه القاضي بأنَّ رميه إلى الإمام لا إلى آحاد النَّاس، فهو غير مباح لآحادهم[١].

وأمَّا النَّص المذكور؛ فلم يُجِب عنه القاضي(٢)، ويمكن الجواب عنه: بأنَّه قصد هناك مكافئًا وأصاب نظيره، وهنا[٢] لم يقصد مكافئًا.

وقد خرَّج صاحب «الكافي» وجوب القصاص في مسألة النَّصِّ[٣] على قول أبي بكر[٤]، وقد تبيَّن أنَّها أصله[٥].

[١] كتب على هامش (ن): (فعلى تعليل القاضي: لو رماه الإمام أو من أذن له؛ توجَّه قول أبي بكر).

[٢] كتب على هامش (ن): ("وهنا"؛ أي: في مسألة رمي الذِّميِّ والعبد والمرتد).

[٣] كتب على هامش (ن): (وهي مسألة رميه زيدًا فيصيب عمرًا).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: في رميه ذميًّا فيصيبه وقد أسلم).

[٥] كتب على هامش (ن): (قوله: "أنَّها أصله"؛ أي: مسألة النَّصِّ أصل قول أبي بكر في مسألة رمي الذِّميِّ والعبد).

(١) ينظر: الروايتين والوجهين ٢/ ٢٥٧.

(٢) بل قد أجاب عنه القاضي في الروايتين والوجهين (٢/ ٢٥٧)، فقال رحمه الله: (وما ذكره أحمد في رواية الحسن بن محمد لا تشبه مسألتنا؛ لأن تلك الرمية وجد القصد فيها، وهي مما توجب القود؛ لأن الإصابة لو حصلت في زيد لأوجبت القود، فلهذا إذا =

وأمَّا صاحب «المحرَّر» فجعله[١] خطأ بغير خلاف؛ لأنَّه أصاب من لم يقصده، فأشبه ما إذا قصد صيدًا.

وهذا ضعيف؛ لأنَّه قصد معصومًا، فأصاب نظيره، بخلاف من قصد صيدًا[٢].

ولهذا لو قصد صيدًا معيَّنًا فأصاب غيره؛ حلَّ، بخلاف ما إذا رمى هدفًا يعلمه فأصاب صيدًا؛ فإنَّه لا يحلُّ.

أمَّا لو ظنَّ الهدف صيدًا فأصاب صيدًا؛ فوجهان.

وقد يتخرَّج(١) ههنا مثلهما لو رمى هدفًا يظنُّه آدميًّا معصومًا، فأصاب آدميًّا معصومًا غيره(٢)؛ لأنَّ أصل الرَّمي كان محظورًا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: جعل رمي الذِّميِّ إذا أسلم قبل وقوع السَّهم).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: فأصاب إنسانًا).

= أصابت عمرًا تعلق بها القود اعتبارًا بحال الرمية، كما لو أرسل كلبه على صيد فأصاب غيره؛ حلَّ أكله؛ لأن هذا الإرسال في الجملة مما تتعلق به الإباحة، ولم يعتبر التعين في رمي الآدمي، وتبين صحة هذا أن الإرسال في القصد معتبر، كما هو معتبر في الرمية، بدليل أنه لو استرسل كلبه فصاد وقتل؛ لم يبح؛ لعدم القصد، وإذا كان كذلك: فالقصاص وجب ههنا؛ لأن الرمية مما توجب القود، وليس كذلك في رمي المسلم للذمي؛ لأن هذه الرمية لا توجب قودًا على المسلم بحال، فلهذا فرقنا بينهما).

(١) في (أ): يخرَّج.

(٢) قوله: (غيره) سقط من (ب).

فهذا الكلام في القود.

وأمَّا الضَّمان؛ فيضمنه بدية حرٍّ[١]، ذكره الخرقيُّ والقاضي والأكثرون، ولم يحكوا فيه خلافًا؛ حتَّى نقل صاحب «التَّرغيب» اتِّفاق الأصحاب على ذلك؛ اعتبارًا بحالة الإصابة، فإنَّه إنَّما أصاب حرًّا مسلمًا، ويكون دِيَة المعتَق لورثته دون السَّيِّد، ذكره القاضي.

ومنها: لو رمى إلى مرتدٍّ أو حربيٍّ فأسلما، ثمَّ وصل إليهما السَّهم فقتلهما؛ فلا قود بغير خلاف؛ لأنَّ دمهما حال الرَّمي كان مهدرًا.

وهل يجب الضَّمان؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وجوبه فيهما، قاله القاضي في «خلافه»، والآمديُّ، وأبو الخطَّاب في موضع من «الهداية»، وعزاه غير واحد إلى الخرقيِّ؛ اعتبارًا بحالة الإصابة، وهما حينئذٍ مسلمان معصومان، ولا أثر لانتفاء العصمة حال السَّبب؛ كما لو حفر بئرًا لهما فوقعا فيها بعد إسلامهما؛ فإنَّه يضمنهما بغير خلاف، ذكره القاضي وغيره.

قال القاضي: ولا نسلِّم أنَّ رمي الحربيِّ والمرتدِّ مباح(١) مطلقًا، بل هو مراعًى، فإن أسلم قبل الوقوع؛ تبيَّنا أنَّه لم يكن مباحًا.

والثَّاني: لا ضمان فيهما، وهو أشهر، وحكاه القاضي في روايتيه عن أبي بكر في المرتدِّ(٢)، وقال: لا خلاف فيه في المذهب، لأنَّ

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: ومسلم).

---

(١) سقط من (ب) بمقدار لوحة.
(٢) قوله: (المرتد) سقط من (أ).

رميهما كان مأمورًا به، وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه؛ فأشبه ما إذا جرحهما ثمَّ أسلما.

والثَّالث: يُضمَن المرتدُّ دون الحربيِّ، وأصل هذا الوجه طريقة القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وأبي الخطَّاب في موضع من «الهداية»: أنَّه لا يُضمَن الحربيُّ بغير خلاف، وفي المرتدِّ وجهان.

والفرق: أنَّ المرتدَّ قَتْله إلى الإمام؛ فالرَّامي إليه متعدٍّ، فهو كالرَّامي إلى الذِّميِّ، بخلاف الحربيِّ؛ فإنَّ لكلِّ أحد قتله، فرميه ليس بعدوان.

أمَّا عكسه، وهو لو رمى إلى معصوم، فأصابه السَّهم وهو مهدر، كمسلم ارتدَّ، أو ذميٍّ نقض العهد بين الرَّمي والإصابة؛ فلا ضمان، بغير خلاف أعلمه بين الأصحاب؛ لأنَّ الإصابة لم تصادف معصومًا، فهو كما لو رمى معصومًا، فأصابه السَّهم بعد موته.

وكذلك لو رمى عبدًا قيمته عشرون دينارًا، فأصابه السَّهم وقيمته عشرة؛ فإنَّه يضمنه بقيمته[(١)] وقت الإصابة لا وقت الرَّمي، بغير خلاف، وذكره القاضي وغيره.

ومنها: لو رمى الذِّميُّ سهمًا إلى صيد فأصاب آدميًّا، وقد أسلم الرَّامي؛ فقال الآمديُّ: يجب ضمانه في ماله؛ لأنَّه لم يكن مسلمًا حال الرَّمي ليعقله[(٢)] عاقلته المسلمون، ولا يجب على عاقلته من أهل الذِّمَّة؛ لأنَّه حين الإصابة كان مسلمًا، وبذلك جزم صاحب «المحرَّر» و«الكافي».

---

(١) قوله: (بقيمته) سقط من (و).

(٢) في (هـ) و(و) و(ن): لتعقله.

وكذلك حكم ما إذا رمى ابن معتقه، فلم يصب حتَّى انجرَّ ولاؤه إلى موالي أبيه.

ولو رمى مسلم سهمًا، ثمَّ ارتدَّ، ثمَّ أصاب سهمه فقتل؛ فهل تجب الدِّية في ماله اعتبارًا بحال الإصابة، أم على عاقلته اعتبارًا بحال الرَّمي؟ على وجهين ذكرهما صاحب «المستوعب».

ويخرَّج منهما في المسألتين الأوَّليَيْن وجهان أيضًا:

أحدهما: أنَّ الضَّمان على أهل الذِّمَّة وموالي الأمِّ.

والثَّاني: أنَّه على المسلمين وموالي الأب.

ومنها: لو رمى الحلال إلى صيد، ثمَّ أحرم قبل أن يصيبه؛ ضمنه، ولو رمى المحرم إلى صيد ثمَّ حلَّ قبل الإصابة؛ لم يضمنه؛ اعتبارًا بحال الإصابة فيهما، ذكره القاضي في «خلافه» في الجنايات، قال: (ويجيء على قول أحمد فيمن رمى طيرًا على غصن في الحلِّ أصله في الحرم؛ أن يضمن هنا في الموضعين؛ تغليبًا للضَّمان) انتهى.

ويتخرَّج عدم الضَّمان فيما إذا رمى وهو محلٌّ، ثمَّ أحرم؛ من عدم ضمان الحربيِّ إذا أسلم قبل الإصابة؛ اعتبارًا بإباحة الرَّمي، إلَّا أن يفرَّق: بأنَّ قصد الإحرام عقيب[(١)] الرَّمي تسبَّب إلى الجناية على الصَّيد فيه، ولا سيَّما إن قصد الرَّمي قبيل الإحرام لذلك.

ومنها: لو رمى الحلال من الحلِّ صيدًا في الحرم فقتله؛ فعليه ضمانه على المنصوص، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل رمى

(١) في (ب): عقب.

صيدًا في الحلِّ، فأصابه في الحرم؛ قال: عليه جزاؤه[١].

وقال أيضًا في روايته، وذكر له قول سفيان: لو رمى شيئًا في الحلِّ، فدخلت رميته في الحرم[٢] فأصابت شيئًا؛ ضمن؛ لأنَّ يده الَّتي جنت، قال أحمد: (ما أحسن ما قال!)[٣].

وكذلك نصَّ أحمد في رواية ابن منصور: في شجرة في الحلِّ غصنها في الحرم عليه طير: لا يرمى[٤]، ولم يفصل بين رميه من الحلِّ والحرم.

وبهذا جزم ابن أبي موسى والقاضي والأكثرون، ولم يذكر القاضي في «خلافه» سواه؛ لأنَّه صيد معصوم بمحلِّه؛ فلا يباح قتله بكلِّ حال، وفيه الضَّمان.

وذكر القاضي في «المجرَّد»، وأبو الخطَّاب، وجماعة، رواية أخرى: أنَّه لا يضمنه؛ اعتبارًا بحال الرَّامي ومحلِّه.

وهو ضعيف، ولا يثبت عن أحمد، وإنَّما أخذه القاضي من رواية ابن منصور في إباحة الاصطياد بالكلب وإرساله من الحرم إلى الحلِّ[٥]؛ قال: (فظاهر هذا: أنَّه متى كان أحدهما في الحلِّ والآخر في

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٢٣).

(٢) زاد في (د): (قال: عليه جزاؤه، وقال أيضًا في روايته).

(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٨٩).

(٤) ينظر: مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٩٠).

(٥) جاء في مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٢٣): قلت: رجل أرسل كلبه في الحرم، فصاد في الحل؟ قال: (ولا على هذا شيء).

الحرم؛ فلا ضمان).

ولا يصحُّ؛ لوجهين:

أحدهما: أنَّ النَّصَّ في الكلب، والكلب له فعل اختياريٌّ، فإذا أرسله في الحرم على صيد في الحلِّ؛ فهو بمنزلة من وكَّل عبده في الحرم في شراء صيد من الحلِّ وذبحه فيه.

وهذا بخلاف ما إذا أرسل سهمه؛ لأنَّه منسوب إلى فعله.

ولهذا فرَّق أحمد في رواية ابن منصور بين أن يرسل سهمه من الحلِّ إلى صيد في الحلِّ، فيدخل الحرم، فيقتل فيه، فيضمنه، وبين أن يرسل الكلب، فلا يضمن؛ لأنَّ دخول الكلب في الحرم باختياره ودخول السَّهم بفعل الرَّامي، ولهذا لو أصاب سهمه هذا آدميًّا؛ لضمنه، ولو أصاب الكلب آدميًّا، لم يضمنه.

وإلى هذا التَّفريق أشار ابن أبي موسى؛ حيث ضمَّن في رمي السَّهم في المسألتين، ولم يضمِّن في صيد الكلب إذا أرسله في الحلِّ فصاد في الحرم(١)، إلَّا أن يرسله بقرب الحرم، وأمَّا إن أرسله في الحرم فصاد في الحلِّ؛ فحكى فيه روايتين، قال: (والأظهر عنه: أن لا جزاء فيه)، ولكنَّ القاضي إنَّما صرَّح بالخلاف في الكلب، وأبو الخطَّاب هو الَّذي طرد الخلاف في السَّهم.

والوجه الثَّاني: أنَّ هذا النَّصَّ إنَّما يدلُّ على انتفاء الضَّمان فيما إذا أرسل سهمه من الحرم على صيد في الحلِّ؛ لأنَّ صيد الحلِّ غير

---

(١) إلى هنا ينتهي السقط من (ب).

معصوم؛ فلا يصحُّ إلحاق صيد الحرم به.

وقد فرَّق طوائف من الأصحاب بين الصُّورتين:

فمنهم من جزم بنفي الضَّمان فيما إذا أرسل سهمه[١] من الحرم إلى الحلِّ، وبالضَّمان في العكس، من غير خلاف حكاه فيهما، وهو الشِّيرازيُّ في «المبهج».

ومنهم من حكى الخلاف فيهما وصحَّح الفرق، وهو صاحب «المغني».

ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحلِّ، ولم يحكِ الخلاف في ضمان عكسه، وهو القاضي في «خلافه»، وأخذ نفي الضَّمان في الصُّورة الأولى من رواية ابن منصور المذكورة، والضَّمان من رواية ابن منصور أيضًا عن أحمد فيمن قتل صيدًا على غصن في الحلِّ أصله في الحرم؛ أنَّه يضمنه.

وفي أخذ الضَّمان من هذا نظر؛ فإنَّ الغصن تابع لمحلٍّ معصوم، وهو أصل الشَّجرة الَّذي في الحرم؛ فكان حكمه حكم الحرم، بخلاف الحلِّ، ولهذا لم يفرِّق أحمد بين قتله من الحلِّ أو من الحرم؛ فدلَّ على أنَّ حكم الغصن عنده حكم الحرم.

ونقل ابن منصور عنه أيضًا وذكر له قول سفيان في شجرة أصلها في الحلِّ وأغصانها في الحرم وعليها طير، فرماه إنسان، فصرعه؛ قال: ما كان في الحلِّ؛ فليُرمَ، وما كان في الحرم؛ فلا يُرمَ، قال أحمد: (ما

---

(١) قوله: (سهمه) سقط من (أ).

أحسن ما قال!)[١].

فجعل القاضي هذه رواية ثانية مخالفة للأولى، وحكى في الصَّيد الَّذي على غصن في الحلِّ أصله في الحرم روايتين.

وليس كذلك، فإنَّ أحمد ضمَّن الصَّيد في الأولى؛ إلحاقًا للفرع بأصله في الحرمة، ولم يضمِّن في الثَّانية؛ إلحاقًا للفرع بأصله في عدم الحرمة، وإنَّما ضمَّن ما كان على الغصن الَّذي في الحرم؛ لأنَّه في هواء الحرم؛ فهو معصوم بمحلِّه، وهو الحرم.

وجعل ابن أبي موسى الغصن تابعًا لقراره من الأرض دون أصله، وهو مخالف لنصِّ أحمد؛ لأنَّه في هواء الحرم[٢].

ومنها: هل الاعتبار في حلِّ الصَّيد بأهليَّة الرَّامي وسائر الشُّروط، حال الرَّمي أو الإصابة؟ فيه وجهان:

أحدهما: الاعتبار بحال الإصابة، وبه جزم القاضي في «خلافه» في كتاب الجنايات، وأبو الخطَّاب في «رؤوس مسائله».

فلو رمى سهمًا وهو محرم أو مرتدٌّ أو مجوسيٌّ، ثمَّ وقع السَّهم بالصَّيد وقد حلَّ أو أسلم؛ حلَّ أكله، ولو كان بالعكس؛ لم يحلَّ، وقد سبق الخلاف في المحرم.

والثَّاني: الاعتبار بحال الرَّمي، قاله القاضي في «خلافه» في كتاب

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٥/ ٢٣٩١).

(٢) قوله: (لأنَّه في هواء الحرم) سقط من (ج) و(هـ). وقوله: (وجعل ابن أبي موسى الغصن) إلى هنا سقط من (أ) و(د) و(و).

الصَّيد، وأخذه من نصِّ أحمد في رواية يوسف بن موسى[(١)] في رجل رمى بنشَّاب وسمَّى، فمات الرَّامي قبل أن يصيب: فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح.

وفرَّع عليه ما إذا رمياه جميعًا، فأصابه سهم أحدهما أوَّلًا فأثخنه، ثمَّ أصابه سهم الآخر فقتله؛ أنَّه يجوز أكله؛ لأنَّ الثَّاني أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه؛ قال: (وقد أومأ إليه أحمد في رواية محمَّد بن الحكم في رجلين رميا صيدًا فأصاباه جميعًا، فإن كانا قد ذكَّياه جميعًا؛ أكلاه، قال القاضي: معناه إذا كانا رمياه جميعًا بما له حدٌّ، ولم يفرِّق بين أن يتقدَّم إصابة أحدهما على الآخر أو يتأخَّر) انتهى.

وممَّا يتفرَّع على ذلك: التَّسمية؛ فإنَّها تشترط عند الإرسال، ولو سمَّى بعد إرساله؛ فإن انزجر بالتَّسمية وزاد جريه؛ كفى، وإلَّا فلا، نصَّ عليه في رواية الميمونيِّ.

وقال القاضي في كتاب الجنايات: (إنَّما اعتبرت التَّسمية وقت الإرسال؛ لمشقَّة معرفة وقت الإصابة)، وهذا يشعر بأنَّه لو سمَّى عند الإصابة مع العلم بها؛ لأجزأ.

---

(١) روى عن الإمام أحمد ممن اسمه يوسف بن موسى، اثنان:
الأول: يوسف بن موسى العطار الحربي، روى عن أحمد أشياء، وحدث عنه أبو بكر الخلال، وأثنى عليه ثناء حسنًا. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٤٢٠.
الثاني: يوسف بن موسى بن راشد أبو يعقوب القطان الكوفي، نقل عن أحمد أشياء، وتوفي سنة ٢٥٣هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٤٢١.

قاعدة [١٣٠]

المسكن والخادم والمركب المحتاج إليه ليس بمال فاضل يمنع أخذ الزَّكوات، ولا يجب به الحجُّ والكفَّارات، ولا يوفَّى منه الدُّيون والنَّفقات.

نصَّ على ذلك أحمد في مسائل:

منها: الزَّكاة، قال أبو داود: سئل أحمد عن رجل له دار، يَقْبَل من الزَّكاة؟ قال: نعم، قلت: هي دار واسعة، قال: أرجو ألَّا يكون به بأس، قيل له: فإن كان له خادم؟ قال: أرجو، قيل: فرس، قال: إن كان يغزو عليه في سبيل الله فأرجو ألَّا[١] يكون به بأس[٢].

وقال جعفر بن محمَّد: سئل أبو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مائة دينار يحتاج إليها للخدمة، يأخذ من الزَّكاة؟ قال: نعم[٣].

وسئل عن الدَّار؛ قال: إذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج إليه؛ يعطى.

وقال في رواية ابن الحكم: يعطى من الزَّكاة صاحب المسكن؛

(١) في (أ): أن.

(٢) ينظر: مسائل أبي داود السجستاني ص١١٨.

(٣) ينظر: المستوعب (١/ ٣٩٦).

وإن[١] كان له مسكن يفضل عنه[٢].

ويتفرَّع على هذا: أنَّ العرض الَّذي لا يباع على المفلس في دَينه إذا كان يفي[٣] بدين صاحبه وبيده نصاب؛ فإنَّه لا يجعل الدَّين في مقابلته حتَّى يزكِّي النِّصاب بغير خلاف؛ لأنَّه لا يجب صرفه إلى جهة الدَّين ووفاؤه منه، وأمَّا ما يباع على المفلس؛ فهل يجعل الدَّين في مقابلته ويزكِّي النِّصاب؟ على روايتين.

ومنها: الحجُّ، قال أحمد في رواية الميمونيِّ: إذا كان المسكن والمسكنين والخادم، أو الشَّيء الَّذي يعود به على عياله؛ فلا يباع إذا كان كفاية لأهله، وقد يكون المنازل يكريها، إنَّما هي قوته وقوت عياله، فإذا خرج عن كفايته ومؤنته ومؤنة عياله؛ باع، والضَّيعة مثل ذلك، إذا كان فضلًا عن المؤنة، باع.

وقال في رواية ابن الحكم: إذا كان لرجل أرض؛ فلا أرى أن يبيع ويحجَّ، ولا يجب عليه عندي إلَّا أن يشاء.

قال أصحابنا: لا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه، أو بيده نقد يريد شراءهما به في هذا الباب.

ومنها: المفلس، ولأحمد فيه نصوص كثيرة: أنَّه لا يباع المسكن إلَّا أن يكون فيه فضل؛ فيباع الفضل، ويترك له بقدر الحاجة منه، نصَّ

---

(١) في (ب): فإن.
(٢) ينظر: المستوعب (١/ ٣٩٦).
(٣) في (أ): يفيء.

على ذلك في رواية أبي الحارث وأبي طالب.

وأمَّا الخادم؛ فلا يباع عليه إذا كان محتاجًا إليه لزِمَن أو كبر أو حاجةٍ غيرهما، نصَّ عليه في رواية عبد الله وأبي طالب وغيرهما[١].

وقال في رواية إسماعيل بن سعيد: إذا كان مسكنًا واسعًا نفيسًا أو خادمًا نفيسًا؛ يُشترى له ما يقيمه، ويجعل سائره للغرماء. وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد.

ولا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه، أو يحتاج إليهما؛ فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الأصحاب؛ فإنَّهم قالوا: لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل؛ رجع بها، وترك له بدلها من بقيَّة المال يشتري له منه إن لم يكن فيه من جنسها؛ لأنَّ حقَّ الغريم متعلِّق[٢] بعين ماله، بخلاف المفلس؛ فإنَّ حاجته تندفع بغيرها.

فأمَّا[٣] إن لم يكن للمفلس سواها، وهي عين مال رجل، وكان الشِّراء قبل الإفلاس؛ لم تؤخذ منه.

وإن كان بعده؛ ففي «الكافي»: يحتمل أن يؤخذ منه؛ لئلَّا يؤدِّي إلى الحيلة على أخذ أموال النَّاس[٤].

(١) ينظر: مسائل عبد الله (ص ٢٩٦).

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): يتعلَّق.

(٣) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): أمَّا.

(٤) زاد في (ب): (والمراد: أنَّه إذا استدان المعسر ما اشترى به هذه الأعيان؛ أنَّها تؤخذ منه)، وقد ضرب عليها في (أ)، وسقطت من (ج) و(د) و(هـ). ومكانها في (و): إذا استدان.

ومنها: الشَّريك في عبد إذا أعتق حصَّته وليس له سوى دار وخادم؛ فهو معسر، لا يعتق عليه سوى حصَّته، ولا يباع ذلك في قيمة حصَّة شريكه، قال ابن منصور: قلت لأحمد: من أعتق شقصًا في عبد ضمن إن كان له مال؟ قال: عتق كلُّه في ماله إن كان له مال، قلت: كم قدر المال؟ قال: لا يباع فيه دار ولا رباع، ولم يقم لي على شيء معلوم[١].

قال القاضي: معناه: لا يباع ما لا غنى له عن سكناه؛ كالمفلس.

ومنها: التَّكفير بالمال، لا يباع فيه المسكن ولا الخادم، ذكره القاضي والأصحاب، وقالوا: يباع فيه الفاضل من ذلك حتَّى لو كان له رقبة نفيسة يمكن أن يُشتَرى بثمنها رقبتان، فيستغني بخدمة أحدهما وتعتق الأخرى؛ لزمه ذلك، وهكذا الدَّار والملابس.

وأمَّا إن وجب عليه التَّكفير وله خادم لا يحتاج إليه، ثمَّ احتاج إليه قبل التَّكفير؛ فمن الأصحاب من جزم هنا بلزوم العتق؛ لأنَّه بمثابة من كان موسرًا حال الحنث، ثمَّ أعسر قبل التَّكفير، فإنَّ العتق يستقرُّ في ذمَّته.

ومنها: نفقة الأقارب، قال أبو طالب: قيل لأحمد: فإن كان له دار يبيعها، وينفق على أبيه؟ قال: لا بدَّ له من مسكن، إن كان له فضلٌ عن مسكنه، فضلٌ عن نفقته على[٢] عياله؛ فلينفق عليهم، وإن لم يكن له

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٤١٤).

(٢) قوله: (نفقته على): هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): نفقة.

فضل ولا سعة؛ فلا ينفق عليهم.

وصرَّح صاحب «التَّرغيب» بأنَّ نفقة القريب لا يباع فيها إلَّا ما يباع على المفلس في دَينه.

وهكذا ينبغي أن يكون حكم الجزية، والخراج، والعاقلة.

وذكر الآمديُّ أنَّ من وجبت عليه نفقة قريبه، فغيَّب ماله وامتنع منها، ووجد له الحاكم عقارًا؛ فله بيعه، والنَّفقة منه على أقاربه.

وكذا ذكر صاحب «المغني» في نفقة الزَّوجة والأولاد.

ولعلَّ المراد بذلك: العقار الَّذي لا يحتاج إليه للسُّكنى، أو أنَّ هذا يختصُّ بالممتنع من النَّفقة مع قدرته عليها؛ للضَّرورة، حيث لم يقدر له على غير عقاره[١]، والله أعلم[٢].

---

(١) في (ب): عقار.

(٢) قوله: (والله أعلم) سقط من (ب) و(و).

قاعدة [١٣١]

القدرة على اكتساب المال بالبضع ليس بغنًى معتبر.

صرَّح به القاضي في «خلافه»، وفرَّع عليه مسائل:

منها: إذا أفلست[١] المرأة وهي ممَّن يُرغب في نكاحها؛ لم تجبر على النِّكاح لأخذ المهر بغير خلاف.

ومنها: أنَّه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النِّكاح وتحصيل المهر.

ومنها: أنَّه لا تمنع من أخذ الزَّكاة بذلك أيضًا.

ومنها: لو كان للمفلس أمُّ ولد؛ لم يجبر على إنكاحها وأخذ المهر[٢]؛ وإن كان يجبر على إجارتها وأخذ أجرتها.

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): فلست.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(و): مهرها. وفي (هـ): من مهرها.

قاعدة [١٣٢]

القدرة على اكتساب المال بالصِّناعات غنًى بالنِّسبة إلى نفقة النَّفس، ومن يلزم نفقته من زوجة وخادم.

وهل هو غنًى فاضل عن ذلك؟ على روايتين.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: القويُّ المكتسب لا يباح له أخذ الزَّكاة بجهة الفقر؛ فإنَّه غنيٌّ بالاكتساب.

وهل له الأخذ للغرم إذا كان عليه دين؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك، قاله القاضي في «خلافه»، وابن عقيل في «عمده» في الزَّكاة، وكذلك ذكراه في «المجرَّد»، و«الفصول» في باب الكناية.

والثَّاني: لا يجوز، وبه جزم الشَّيخ مجد الدِّين في «شرح الهداية».

وهذا الخلاف راجع إلى الخلاف في إجباره على الكسب لوفاء دينه؛ كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

والأوَّل ظاهر كلام أحمد؛ لأنَّه أباح السُّؤال للمكاتب، وقال: هو مغرم، ويباح له الأخذ من الزَّكاة مع قوَّته واكتسابه مع أنَّ دينه لا يجبر على الكسب لوفائه على المذهب، فمن عليه دين يجبر على الكسب

لوفائه أولى بالأخذ.

ومنها: وجوب الحجِّ على القويِّ المكتسب، فإن كان بعيدًا عن مكَّة؛ فالمذهب انتفاء الوجوب، وإن كان قريبًا؛ فوجهان.

وقال الشَّيخ مجد الدِّين: يتوجَّه على أصلنا في البعيد أن يجب عليه الحجُّ إذا كان قادرًا على التَّكسُّب في طريقه، كما نجبره على الكسب لوفاء دينه.

ولكن يمكن الفرق: بأنَّ حقوق الله مبنيَّة على المسامحة، بخلاف حقوق الآدميِّين، ولهذا لا يجب عليه التَّكسُّب لتحصيل مال يحجُّ به ولا يعتق منه في الكفَّارة.

ومنها: وفاء الدُّيون، وفي إجبار المفلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان.

فأمَّا المكاتب؛ فلا يجبر على الكسب لوفاء دينه على المذهب المشهور؛ لأنَّه دين ضعيف.

وخرَّج ابن عقيل وجهًا: بالوجوب؛ كسائر الدُّيون.

ومنها: أنَّ القدرة على الكسب بالحرفة تمنع وجوب نفقته على أقاربه، صرَّح به القاضي في «خلافه»، وكذا ذكر صاحب «الكافي» وغيره.

وأمَّا إن لم يكن له حرفة وهو صحيح؛ فهل تجب له النَّفقة؟

حكى أبو الخطَّاب روايتين، وخصَّهما القاضي بغير العمودين، وأوجب نفقة العمودين مطلقًا مع عدم الحرفة.

وفرَّق في زكاة الفطر من «المجرَّد» بين الأب وغيره؛ فأوجب النَّفقة للأب بكلِّ حال، وشرط في الابن وغيره الزَّمانة.

وأمَّا وجوب النَّفقة على أقاربه من الكسب؛ فصرَّح القاضي في «خلافه» وفي «المجرَّد»، وابن عقيل في «مفرداته»، وابن الزاغوني والأكثرون بالوجوب.

قال القاضي في «خلافه»: وظاهر كلام أحمد: لا فرق في ذلك بين الوالدين والأولاد وغيرهم من الأقارب.

وخرَّج صاحب «التَّرغيب» المسألة على روايتين من اشتراط انتفاء الحرفة للإنفاق، وهو ضعيف.

وأظهر منه: أن يخرَّج على الخلاف في إجبار المفلس على الكسب لوفاء دينه.

ومنها: أنَّ الفقير المكتسب؛ هل يتحمَّل العقل مع العاقلة؟ فيه روايتان.

ومنها: الجزية؛ هل تجب على الفقير المكتسب؟ على روايتين، أشهرهما: الوجوب.

قاعدة [١٣٣]

يثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا، في مسائل:

منها: شهادة النِّساء بالولادة يثبت بها النَّسب، ولا يثبت النَّسب بشهادتهنَّ به استقلالًا.

ومنها: شهادة النِّساء على إسقاط الجنين بالضَّربة توجب الغرَّة إن سقط ميِّتًا، والدِّية إن سقط حيًّا.

ومنها: شهادة امرأة على الرَّضاع تُقبل على المذهب، ويترتَّب على ذلك انفساخ النِّكاح.

ومنها: لو شهد واحد برؤية هلال رمضان، ثمَّ أكملوا العدَّة ولم يروا الهلال؛ فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين:

أشهرهما: لا يفطرون؛ لئلَّا يؤدِّي إلى الفطر بقول واحد.

والثَّاني: بلى، ويثبت الفطر تبعًا للصَّوم.

ومن الأصحاب من قال: إن كان غيمًا؛ أفطروا، وإلَّا فلا.

ومنها: لو أخبر واحد بغروب الشَّمس؛ جاز الفطر، ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتِّفاق عليه؛ لأنَّ وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب.

وله مأخذ آخر: وهو أنَّ الغروب عليه أمارات تورث ظنًّا بانفرادها،

فإذا انضمَّ إليها قول الثِّقة؛ قوي، بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر.

ومنها: صلاة التَّراويح ليلة الغيم تبعًا للصِّيام على أحد الوجهين.

وذكر القاضي احتمالًا بثبوت سائر الأحكام المعلَّقة بالشَّهر، من وقوع الطَّلاق المعلَّق به وحلول آجال الدُّيون، وهو ضعيف ههنا.

نعم، إذا شهد واحد(١) برؤية الهلال؛ ثبت(٢) به الشَّهر وترتَّبت(٣) عليه هذه الأحكام؛ وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء، صرَّح به القاضي وابن عقيل(٤) في «عمد الأدلَّة».[١]

ومنها: لو حلف بالطَّلاق على حديثٍ أنَّ رسول الله ﷺ ما قاله، فرواه واحد يثبت الحديث به؛ وقع(٥) الطَّلاق؛ وإن كان الطَّلاق لا يثبت بخبر واحد، ذكره ابن عقيل في «العمد» أيضًا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال في «الفروع»: جزم به صاحب «المحرَّر» في مسألة الغيم، وقال القاضي في مسألة الغيم مفرِّقًا بين الصَّوم وبين غيره: قد ثبت الصَّوم بما لا يثبت الطلاق والعتق وحِل الدِّين، وهو شهادة عدل، ويأتي: إذا علَّق طلاقها بالحمل فشهدت به امرأة، هل تطلق؟ انتهى، فدلَّ ذلك على خلافٍ في المسألة، وأن المقدم ما جزم به أبو البركات وابن عقيل، كما أن المقدم ثبوت الطلاق بشهادة امرأة بالحمل).

---

(١) في (أ): أحد.

(٢) في (أ) و(و): يثبت.

(٣) في (أ) و(و) و(ن): يترتَّب.

(٤) قوله: (القاضي وابن عقيل) هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): ابن عقيل.

(٥) في (ب): ووقع.

ويتخرَّج: عدم وقوع الطَّلاق في المسألتين من المسألة الآتية.

ومنها: لو حلف بالطَّلاق أنَّه ما غصب شيئًا، ثمَّ ثبت عليه الغصب بشاهد ويمين، أو برجل وامرأتين؛ فهل يقع به الطَّلاق؟ على وجهين، وحكاهما القاضي في «خلافه» في كتاب القطع في السَّرقة، والآمديُّ روايتين.

وجزم القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في «الفصول»، وصاحب «المغني»: بعدم الوقوع.

واختار السَّامريُّ: الوقوع.

وقال صاحب المحرَّر في «تعليقه على الهداية»: عندي أنَّ قياس قول من عفا عن الجاهل والنَّاسي في الطَّلاق؛ ألَّا يحكم عليه به، ولو ثبت الغصب برجلين.

ومنها: لو علَّق الطَّلاق بالولادة، فشهد بها النِّساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادتها[(١)]؛ هل يقع الطَّلاق؟

المشهور الوقوع، وبه جزم القاضي في «خلافه»، وتبعه الشَّريف أبو جعفر، وأبو المواهب العكبريُّ[(٢)]، وأبو الخطَّاب، والأكثرون، ويشهد له نصُّ أحمد في رواية مهنَّى إذا قال لها: إذا حضت؛ فأنت

---

(١) في (ب): ذلك. مكان قوله: (ولادتها).

(٢) هو الحسين بن محمد العكبري، أبو المواهب، أحد الفقهاء الأكابر، وله تصانيف في المذهب، قال ابن رجب: أظنه من أصحاب القاضي، أو أصحابه القدماء؛ ووقفت له على رؤوس المسائل. توفي ٤٣٩هـ. ذيل الطبقات ١/ ٣٧٦.

وضرَّتك طالق، فشهد النِّساء بحيضها؛ يطلقان جميعًا.

وخرَّج صاحب «المحرَّر» فيه وجهًا آخر: أنَّه لا يقع الطَّلاق من المسألة الَّتي قبلها.

ومنها: لو ادَّعى المكاتب أداء آخر نجوم الكتابة، فأنكره السَّيِّد، فأتى المكاتب بشاهد وحلف، أو برجل وامرأتين على ما قال؛ فهل يعتق أم لا؟

قال الخرقيُّ: يعتق، ولم يحكِ صاحب «المغني» فيه خلافًا.

وحكى صاحب «التَّرغيب» فيه وجهين.

ومنها: إذا وقف وقفًا معلَّقًا بموته؛ فإنَّه يصحُّ على المنصوص في رواية الميمونيِّ، وذكره الخرقيُّ.

وقال القاضي: لا يصحُّ.

والأوَّل أصحُّ؛ لأنَّها وصيَّة، والوصايا تقبل التَّعليق.

ومنها: البراءة المعلَّقة بموت المبرِئ، تصحُّ أيضًا؛ لدخولها ضمنًا في الوصيَّة، نصَّ عليه في رواية المروذيِّ[١]، وقاله القاضي والأصحاب.

وكذلك إبراء المجروح للجاني من دمه، أو تحليله لذمَّته[٢]؛ يكون وصيَّة معلَّقة بموته، وهل هي وصيَّة للقاتل؟ على طريقين:

فعند القاضي: هي وصيَّة للقاتل؛ فتُخرَّج على الخلاف في الوصيَّة.

---

(١) زاد في (أ) هنا: (تصحُّ أيضًا لدخولها ضمنًا). وهي مكررة.

(٢) قوله: (لذمَّته) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن).

وعند أبي بكر: ليس الإبراء والعفو وصيَّة؛ لأنَّه إسقاط، لا تمليك، وقال الآمديُّ: هو المذهب، قال: وإنَّما يكون إبراء محضًا قبل الاندمال، فأمَّا(١) بعد الاندمال(٢)؛ فعلى وجهين.

ومنها: إذا قال: إذا جاء رأس الشَّهر فأنت طالق بألف؛ فإنَّه يصحُّ، ذكره القاضي، وتدخل المعاوضة تبعًا للطَّلاق إذا قبلته؛ فإنَّه لا بدَّ من قبولها.

وكذلك لو قالت له: إن طلَّقتَني؛ فلك عليَّ ألف، فطلَّقها؛ بانت ولزمها الألف، قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: ذكر القاضي في «خلافه» ما يقتضي أنَّه لا يعلم فيه خلافًا.

وقاس الشَّيخ[١] عليه ما إذا قالت: إن طلَّقتني فأنت بريء من صداقي، فطلَّقها؛ أنَّه يبرأ من صداقها، ويقع الطَّلاق بائنًا؛ لأنَّ تعليق الإبراء أقرب إلى الصِّحَّة من تعليق التَّمليك؛ لتردُّد الإبراء بين الإسقاط

[١] كتب على هامش (ن): (المتبادر منه إرادة صاحب المغني، وفي الفروع ما يمنعه، فإنه خص القول بذلك بشيخه، فقال: "وقولها: إن طلقتني فلك كذا، أو أنت بريء منه، كإن طلقتني فلك علي ألف، وأولى، وليس فيه النزاع في تعليق البراءة بشرط" انتهى، فيكون مراده بالشيخ: هو المذكور قبله فليعرف ذلك).

(١) في (أ): وأمَّا.

(٢) قوله: (بعد الاندمال) هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): بعده.

والتَّمليك، والتَّمليك يقع معلَّقًا في الجعالة والسَّبق؛ فههنا كذلك(١)[١].

ومنها: إذا قال من أسلم على أكثر من أربع زوجات: كلَّما أسلمت واحدة منكنَّ فهي طالق؛ فهل يصحُّ؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصحُّ؛ لأنَّ الطَّلاق اختيار، والاختيار لا يتعلَّق بالشَّرط.

والثَّاني: يصحُّ؛ لأنَّ الطَّلاق يقبل التَّعليق، والاختيار يثبت تبعًا له وضمنًا.

ومنها: إذا قال رجل لآخر: أعتق عبدك عنِّي وعليَّ ثمنه؛ فقال القاضي في «خلافه»: هو استدعاء للعتق، والملك يدخل تبعًا وضمنًا؛ لضرورة وقوع العتق له، وصرَّح بأنَّه ملك قهريٌّ، حتَّى إنَّه يثبت للكافر

[١] كتب على هامش (ن): (وذكر الحنفية مسألة يمكن جعلها من هذه القاعدة، وهي: إذا باع رجل جارية وولدها، ثم بعد البيع أقر أن ولدها منه؛ فإنه يثبت نسبه، وهل يبطل البيع؟ قالت الحنفية: يبطل البيع تبعًا لثبوت النسب، ولو انتقل الولد وأمه بالبيع عن المشتري إلى آخر ثم إلى ثالث؛ نُقضت البياعات كلها، ولو أعتقه المشتري؛ بطل عتقه؛ لأنه حر الأصل، بخلاف ما أعتق فإنه لا يبطل عتقها، إذ لو بطل عتقها عادت إلى الرق، والولد إذا بطل عتقه لا يعود إلى الرق بل يكون حرًّا، قالوا: وحكم موتها حكم عتقها، قالوا: وهذا الخلاف ما لو أقر البائع بأنه كان أعتقها قبل، فإن البيع لا يبطل بإقراره، وفرقوا بين العتق والاستيلاد: بأن الاستيلاد أقوى).

(١) ينظر قريبٌ منه: مختصر الفتاوى المصرية (ص ٤٤٢).

على المسلم إذا كان العبد المستدعَى عِتقه مسلمًا، والمستدعي كافرًا، مع أنَّه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين، حيث كان العقد موضوعًا فيه للملك دون العتق.

وكذلك - على قياس قوله - سرايةُ عتق الشَّريك، وأولى؛ لأنَّها إتلاف محض يحصل بغير اختيار أحد ولا قصده [١].

ويتفرَّع على ذلك: إذا أعتق الكافر الموسر شِرْكًا له من عبد مسلم؛ فإنَّه يسري، ولا يخرَّج على الخلاف في شراء مسلم يعتق عليه بملكه، كما فعل أبو الخطَّاب وغيره.

ومنها: صلاة الحاجِّ عن غيره ركعتي الطَّواف تحصل ضمنًا للحجِّ؛ وإن كانت الصَّلاة لا تقبل النِّيابة استقلالًا، وقد أشار الإمام أحمد إلى هذا في رواية الشَّالنجيِّ.

ومنها: أنَّ الوكيل ووصي اليتيم لهما أن يبتاعا بزيادة على ثمن المثل بما(١) يتغابن بمثلها عادة، ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء، ذكره القاضي وغيره.

ولكنَّهم جعلوا مأخذه: أنَّ المحاباة ليست ببذل صريح، وإنَّما فيها

---

[١] كتب على هامش (ن): (وقد يلحق بذلك: ما إذا استولد الشَّريكان الأمة المشتركة، وقلنا: تصير أم ولد لهما، فأعتق أحدهما نصيبه وهو موسر؛ سرى إلى نصيب شريكه؛ لكون نقل الملك تبعًا لسراية العتق).

(١) قوله: (ما) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

معنى البذل، وجعلُها من هذه القاعدة أولى.

ومنها: لو كان له أمتان، لكلٍّ منهما ولد، فقال: (أحدهما ولدي)، ومات، ولم يبيِّن ولا بيَّن وارثه، ولم يوجد قافة؛ أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ فهو حرٌّ، وأمُّه معتقة بالاستيلاد إن كان أقرَّ أنَّه أحبلها في ملكه.

وهل يثبت نسب الولد ويرث أم لا؟ على وجهين[١]:

أحدهما: أنَّه لا يثبت نسبه ولا يرث، وهو الَّذي ذكره القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل والسَّامريُّ؛ لأنَّ القرعة لا مدخل لها في الأنساب.

والثَّاني: يثبت نسبه ويرث، وهو الَّذي ذكره القاضي في «خلافه»، وصاحب «التَّلخيص»، وذكر صاحب «المغني» أنَّه قياس المذهب؛ لأنَّه حرٌّ استندت حريَّته إلى الإقرار؛ فأشبه ما لو عيَّنه في إقراره [٢].

ومنها: لو طلَّق واحدة معيَّنة من نسائه، ثمَّ مات ولم يعلم عينها؛ أقرع بينهنَّ، وأُخرجت المطلَّقة بالقرعة، ولم يجب عليها عدَّة الوفاة، بل يحسب لها عدَّة الطَّلاق من حينه، وعلى البواقي عدَّة الوفاة في ظاهر كلام أحمد؛ لأنَّ الطَّلاق لمَّا ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدَّة وغيرها.

---

[١] كتب على هامش (ج) و(هـ) و(ن): (قال القاضي: وهذان الوجهان مخرَّجان من الخلاف في دخول القرعة فيما إذا زوَّج الوليَّان؛ ولم يعلم السَّابق منهما)، وزاد في هامش (ن): (من هامش النسخة المعتمدة).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: كما لو عين أحد الولدين في إقراره بأنَّه ولده، ولم يُتهم بقوله: أحدهما ولدي).

وقال القاضي: يعتدُّ الكلُّ بأطول الأجلين، وستأتي المسألة فيما بعد إن شاء الله.[١]

ومنها: لو قال الخنثى المشكل: أنا رجل، وقبلنا قوله في ذلك في النِّكاح؛ فهل يثبت في حقِّه سائر أحكام الرِّجال تبعًا لنكاحه، فيزول بذلك إشكاله، أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى، وفيما عليه من حقوق الآدميِّين، دون ما له منها؛ لئلَّا يلزم قبول قوله في استحقاقه ميراث ذكر ودِيَتِهِ؟ فيه وجهان.

(١) ينظر: قاعدة [١٦٠].

فهرس الموضوعات

تقرير القواعد وتحرير الفوائد

للإمام العلامة أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الحنبلي (ت: ٧٩٥ هـ)

قوبل على نسختين مقروءتين على المصنف وخمس نسخ أخرى

ومعه حاشية نفيسة لتلميذه العلامة

محب الدين أحمد بن نصر الله البغدادي (ت: ٨٤٤ هـ)

وغيرها من حواشي علماء المذهب

المجلد الثالث

تحقيق

أ.د. خالد بن علي المشيقح

د. عبد العزيز بن عدنان العيدان　　د. أنس بن عادل اليتامى

طبع بتمويل

دار الأمل

ثوابًا للمبارك عبد العزيز الحساوي رحمه الله

وبذرية محمد الحشي حفظها الله ووالديهما



ⓒ **دار اطلس الخضراء، ١٤٤٠ هـ**
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الحنبلي، ابن رجب
تقرير القواعد وتحرير الفوائد./ ابن رجب الحنبلي؛ خالد علي المشيقح؛
عبدالعزيز العيدان؛ انس عادل اليتامى. ـ الرياض، ١٤٤٠هـ
٥١٢ ص؛ ١٧ × ٢٤ سم
ردمك: ٦ ـ ٠ ـ ٩١١٩٩ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨
١ ـ القواعد الفقهية ٢ ـ الفقه الحنبلي أ. المشيقح خالد علي (محقق)
ب. العيدان، عبدالعزيز (محقق) ج. اليتامى، انس عادل (محقق)
د. العنوان
ديوي: ٢٥١،٦ ١٤٤٠/٤١١٧

رقم الإيداع: ١٤٤٠/٤١١٧
ردمك: ٦ ـ ٠ ـ ٩١١٩٩ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨



rakaez.kw@gmail.com

الطبعة الأولى
١٤٤٠ هـ ـ ٢٠١٩م

دار أطلس الخضراء للنشر والتوزيع
المملكة العربية السعودية ـ الرياض
هاتف: ٤٢٦٦١٠٤ / ٤٢٦٦٩٦٣، فاكس: ٤٢٥٧٩٠٦
www.facebook.com/DARATLAS
twitter: @ dar-atlas
dar-atlas@hotmail.com

تقرير القواعد

وتحرير الفوائد

٣

بسم الله الرحمن الرحيم

قاعدة [١٣٤]

المنع أسهل من الرَّفع.

ويتخرَّج على ذلك مسائل كثيرة جدًّا:

منها: منع تخمُّر الخلِّ ابتداء، بأن يوضع فيها خلٌّ يمنع تخمُّرها؛ مشروع، وتخليلها بعد تخمُّرها ممنوع.

ومنها: ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه وجلده، وهو مشروع، ودبغ جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب.

ومنها: السَّفر قبل الشُّروع في الصِّيام يبيح الفطر، ولو سافر في أثناء يوم من رمضان؛ ففي استباحة الفطر روايتان، والإتمام فيه أفضل بكلِّ حال.

ونقل ابن منصور عن أحمد: أنَّه[١] إن نوى السَّفر من اللَّيل ثمَّ سافر في أثناء النَّهار؛ أفطر، وإن نوى السَّفر في النَّهار وسافر فيه؛ فلا يعجبني أن يفطر[٢].

---

(١) قوله: (أنَّه) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٣/ ١٣٤٥): قلت: قال الأوزاعي في رجل أراد السفر في شهر رمضان، فأدركه الفجر وهو في أهله، ثمّ خرج: فليس له أن يفطر يومه ذلك. قال: (إذا كان قد حدث نفسه من الليل بالسفر؛ أفطر وإن أدركه الفجر في =

والفرق: أنَّ نيَّة السَّفر من اللَّيل تمنع الوجوب إذا وجد السَّفر في النَّهار؛ فيكون الصِّيام قبله مراعىً، بخلاف ما إذا طرأت النِّيَّة والسَّفر في أثناء النَّهار.

ومنها: أنَّ الرَّجل يملك منع زوجته من حجِّ النَّذر والنَّفل، فإن شرعت فيه بدون إذنه؛ ففي جواز تحليلها روايتان.

ومنها: أنَّ وجود الماء بعد التَّيمم وقبل الشُّروع في الصَّلاة يمنع الدُّخول فيها بالتَّيمم، ولو دخل فيها بالتَّيمم ثمَّ وجد الماء؛ فهل تبطل الصَّلاة أم لا؟ على روايتين.

وكذلك الخلاف في القدرة على نكاح الحرَّة بعد نكاح الأمة؛ هل يبطل نكاحها؟ على روايتين، ونمنعه ابتداء.

وكذا في القدرة على كفَّارة الظِّهار بالعتق بعد الشُّروع في الصِّيام؛ لا يوجب الانتقال على الصَّحيح، وقبله يجب.

ومنها: أنَّ المرأة تملك منع نفسها حتَّى تقبض صداقها، فإن سلَّمت نفسها ابتداء قبل قبض الصَّداق؛ فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتَّى تقبضه؟ على وجهين.

وكذلك اختار صاحب «المغني» في البيع: أنَّ البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتَّى يقبض ثمنه، فإذا سلَّمه؛ لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التَّصرُّف فيه والحجر عليه مستنِدًا إلى هذه القاعدة، وهو خلاف ما قاله القاضي وأصحابه في مسألة الحجر الغريب[١].

= أهله، إلا أن يكون نوى السفر في بعض النهار؛ فلا يعجبني أن يفطر).

(١) وهو أن يحجر على المشتري في المبيع وسائر أمواله إذا كان ماله في البلد أو دون =

ومنها: اختلاف الدِّين المانع من النِّكاح يمنعه ابتداء، ولا يفسخه في الدَّوام على الأشهر، بل يقف الأمر على انقضاء العدَّة فيه.

ومنها: الإسلام يمنع ابتداء الرِّقِّ ولا يرفعه بعد حصوله، وإنَّما استرقَّ ولد الأمة المسلمة؛ لأنَّه جزء منها؛ فهو في معنى استدامة الرِّقِّ على المسلم.

وأمَّا الأسرى إذا أسلموا قبل الاسترقاق؛ فإنَّما جاز استرقاقهم لانعقاد سببه في الكفر انعقادًا تامًّا، فاستند إلى سبب موجود في الكفر.

= مسافة قصر حتى يسلم الثمن. ينظر: تحفة المحتاج ٤/ ٤٢٢.

قاعدة [١٣٥]

الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطء، بخلاف ما[(١)] **كان القصور طارئًا عليه**، نصَّ على ذلك أحمد.

فمن الأوَّل: المشتراة بشرط الخيار في مدَّة الخيار، وكذلك المشتراة بشرط ألَّا تبيع ولا تهب، أو إن باعها فالمشتري أحقُّ بها، نصَّ عليه أحمد، ونصوصه صريحة بصحَّة هذا البيع والشَّرط ومنع الوطء.

قال في رواية عبد الله فيمن[(٢)] باع جارية على ألَّا يبيع ولا يهب: البيع جائز، ولا يقربها؛ لأنَّ عمر بن الخطَّاب قال: لا يقرب فرجًا فيه شرط لأحد.[(٣)]

وكذلك قال في رواية حرب، وزاد: وإن اشترطوا إن باعها؛ فهم أحقُّ بها بالثَّمن؛ فلا يقربها، يذهب إلى حديث عمر حين قال لابن مسعود. وكذلك نقل مهنَّى.

---

(١) كتب على هامش (و): (لعله: إذا).

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): فمن.

(٣) ينظر: مسائل عبد الله بن الإمام أحمد (ص ٢٧٨).

وأثر عمر: أخرجه عبد الرزاق (١٤٢٩١)، وابن أبي شيبة (٤/ ٤٢٤)، وسعيد بن منصور (٢٢٥٦).

وقال في رواية صالح وأبي طالب[١] فيمن اشترى أمة بشرط: (لا يقربها وفيها شرط). وكذلك نقل ابن منصور.[٢]

وقول عمر الَّذي أشار إليه هو ما رواه حمَّاد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة: أنَّ ابن مسعود اشترى جارية من امرأته، وشرط لها: إن باعها فهي لها بالثَّمن الَّذي اشتراها، فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطَّاب، قال[٣]: (لا تنكحها، وفيها شرط).

قال حنبل: قال عمِّي: كلُّ شرط في فرج؛ فهو على هذا.

والشَّرط الواحد في البيع جائز؛ إلَّا أنَّ عمر كره لابن مسعود أن يطأها؛ لأنَّه شرط لامرأته الَّذي شرط، فلم يُجز عمر أن يطأها وفيها شرط.

وكذلك نصَّ أحمد في رواية ابن هانئ على منع الوطء في الأمة المشتراة بشرط التَّدبير[٤].

ونصَّ أحمد[٥] أيضًا في رواية ابن منصور على المنع من وطء بنت المدبَّرة دون أمِّها[٦].

---

(١) قوله: (صالح) سقط من (ب) وباقي النسخ.
(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٢٨)، ولم نقف عليها في مسائل صالح المطبوعة.
(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): فقال.
(٤) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ١٠).
(٥) قوله: (أحمد) زيادة من (أ).
(٦) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٤٦٢).

وكاع[١] الأصحاب في توجيهه، والأمر فيه واضح على ما قرَّرناه؛ إذ بنت المدبَّرة مدبَّرة من ابتداء ملكها، بخلاف أمِّها.

وكذلك نصَّ أحمد[٢] على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمرى[٣].

وحمله القاضي على الاستحباب، وهو بعيد، والصَّواب حمله على أنَّ الملك بالعمرى قاصر، ولهذا يقول على رواية: إذا شرط عودها إليه بعده؛ صحَّ، فيكون تمليكًا مؤقَّتًا.

ومن ذلك: الأمة الموصى بمنافعها؛ لا يجوز للوارث وطؤها على أصحِّ الوجهين، وهو قول القاضي، خلافًا لابن عقيل.

ولكن لهذه المسألة مأخذ آخر: وهو أنَّ منفعة البضع؛ هل هي داخلة في المنافع الموصى بها أم لا؟

ومن الثَّاني: أمُّ الولد والمدبَّرة والمكاتبة إذا اشترط وطأها في عقد الكتابة، والمُؤْجرة والجانية.

وأمَّا المرهونة؛ فإنَّما منع من وطئها لوجهين:

(١) كعَّ الرجل عن الأمر: إذا جبن وانقبض، يكع، وكاع يكيع. ينظر: غريب الحديث للخطابي ١/ ١٢٩، لسان العرب ٨/ ٣١٧.

(٢) قوله: (أحمد) زيادة من (أ).

(٣) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ٥٥): (سئل عن الرجل يعمر الرجل الجارية، أيطؤها؟ قال: أما الوطء فلا أراه، ولكن الدار والخادم فلا بأس به إذا أعمره).
والعمرى: هي أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، أو جعلتها لك عمرك، أو عمري. ينظر: الكافي ٢/ ٢٦٤.

أحدهما: أنَّه يفضي إلى استيلادها؛ فيبطل الرَّهن، فيسقط حقُّ المرتهن.

والثَّاني: أنَّ الرَّاهن ممنوع من الانتفاع بالرَّهن بغير إذن المرتهن، ولو بالاستخدام أو غيره[١]؛ فالوطء أولى.

(١) قوله: (أو غيره) هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): وغيره.

قاعدة [١٣٦]

الوطء المحرَّم لعارض؛ هل يستتبع تحريم مقدِّماته أم لا؟

إن كان لضعف الملك وقصوره، أو خشية عدم ثبوته؛ كالأمة المستبرأة إذا مُلكت بعقد؛ فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها.

وإن كان لغير ذلك من الموانع؛ فهو نوعان:

أحدهما: العبادات المانعة من الوطء، وهي على ضربين:

- ضرب يمتنع فيها جنس التَّرفُّه والاستمتاع بالنِّساء؛ فيحرم الوطء والمباشرة؛ كالإحرام القويِّ، وهو ما قبل التَّحلُّل الأوَّل، والاعتكاف.

- وضرب يمتنع فيها الجماع وما أفضى إلى الإنزال؛ فلا يمنع ممَّا بَعُد إفضاؤه إليه من الملامسة، ولو كانت لشهوة، وهو الصِّيام.

وأمَّا الإحرام الضَّعيف، وهو ما بين التَّحلُّلين ؛ فالمذهب: أنَّه يحرم الوطء والمباشرة.

وفيه رواية أخرى: أنَّه يحرم الوطء خاصَّة.

النَّوع الثَّاني: غير العبادات؛ فهل يحرم مع الوطء غيره؟ فيه قولان في المذهب.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: الحيض والنَّفاس؛ يحرم بهما الوطء في الفرج، ولا يحرم ما

دونه في المذهب الصَّحيح.

وفيه رواية أخرى: يُمنع الاستمتاع فيما بين السُّرَّة والرُّكبة.

ومنها: الظِّهار، يحرم الوطء في الفرج، وفي الاستمتاع بمقدِّماته روايتان، أشهرهما: التَّحريم.

ومنها: الأمة المسبيَّة في مدَّة الاستبراء، يحرم وطؤها، وفي الاستمتاع بها بالمباشرة روايتان، وصحَّح القاضي في «المجرَّد» الجواز.

ومنها: الزَّوجة الموطوءة بشبهة، يحرم وطؤها مدَّة الاستبراء، وفي مقدِّمات الوطء وجهان.

ومنها: الجمع بين الأختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدِّمات الوطء، قال ابن عقيل: يكره ولا يحرم.

ويتوجَّه: أن يحرم.

أمَّا إذا قلنا: إنَّ المباشرة لشهوة؛ كالوطء في تحريم الأخت حتَّى تُحرَّم الأولى؛ فلا إشكال.

قاعدة [١٣٧]

الواجب بقتل العمد؛ هل هو القود عينًا، أو أحد أمرين إمَّا القود أو الدِّية؟ فيه روايتان معروفتان[١].

ويتفرَّع عليهما ثلاث قواعد: استيفاء القود، والعفو عنه، والصلح عنه.

القاعدة الأولى في استيفاء القود: فيتعيَّن حقُّ المستوفي فيه[٢] بغير إشكال.

ثمَّ إن قلنا: الواجب القود عينًا؛ فلا يكون الاستيفاء تفويتًا للمال.

وإن قلنا: أحد أمرين؛ فهل هو تفويت للمال أم لا؟ على وجهين، يتفرَّع(١) عليهما مسائل:

منها: إذا قُتل العبد المرهون، فاقتصَّ الرَّاهن من قاتله بغير إذن المرتهن؛ فهل يلزمه الضَّمان للمرتهن أم لا؟ على وجهين، أشهرهما:

---

[١] كتب على هامش (ن): (ظاهر المذهب منهما الثَّانية، وهي أنَّه أحد أمرين).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: فيما استوفاه من القود).

---

(١) في (ب) و(ن): ويتفرَّع.

اللُّزوم، ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور(١)، وهو اختيار القاضي والأكثرين، قالوا: ولا يجوز له الاقتصاص بدون إذن المرتهن؛ لأنَّ الواجب كان أحد الأمرين، فإذا عيَّنه بالقصاص؛ فقد فوَّت المال الواجب على المرتهن، وقد كان تعلَّقَ حقُّه برقبة العبد المرهون؛ فتعلَّق ببدله الواجب؛ فهو كما لو قتله أو أعتقه.

فيضمنه بقيمته[١] في المنصوص، وبه جزم في «المحرَّر».

وقال القاضي والأكثرون: بأقلِّ الأمرين من قيمته أو أرش الجناية.

والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني إذا أعتقه عالمًا بالجناية.

والوجه الثَّاني: لا يلزمه ضمان، وصحَّحه صاحب «المحرَّر»؛ لأنَّ المال إنَّما يتعيَّن بالاختيار، والاختيار نوع تكسُّب، والتَّكسُّب للمرتهن لا يلزم، ولهذا لم يلزم المفلس أخذ المال إذا جنى عليه جناية توجب

[١] كتب على هامش (ن): (أي: بقيمة العبد الجاني المقتص منه، لا بقيمة العبد المرهون).

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٤٠): قلت لأحمد: قال سفيان في رجل رهن عبدًا مِن رجل، فقُتل العبد عمدًا، فاقتص السيد من الذي قتله: فليس للمرتهن شيء، قد ذهب الرهن بما فيه، إلا أن يكون للمرتهن فضل، يعني: عن قيمة العبد. قال أحمد: (يؤخذ السيد برهن يكون قيمة العبد، ويقتص من العبد). وقال أحمد: (مثله: لو أن الراهن أعتق العبد؛ جاز عتقه، ويؤخذ للمرتهن بمثل قيمة العبد يكون رهنًا عنده).

القود، بل له الاقتصاص مع تعلُّق حقوق الغرماء بأعيان ماله[١]، وليس له مال آخر يغرَّم منه.

وظاهر كلام صاحب «الكافي»: أنَّ الوجهين على قولنا: مُوجَب العمد القود عينًا، فأمَّا إن قلنا: أحد الأمرين(١)؛ وجب الضَّمان؛ لتفويت المال الواجب.

وهو بعيد؛ فإنَّا إذا قلنا: الواجب القود عينًا؛ فإنَّما فوت اكتساب المال، لم يفوِّت مالًا واجبًا؛ فلا يتوجَّه الضَّمان بالكليَّة.

وأطلق القاضي وابن عقيل الضَّمان من غير بناء على أحد القولين.

ويتعيَّن بناؤه على القول بأنَّ الواجب أحد أمرين؛ لأنَّهما صرَّحا في العفو أنَّه لا يوجب الضَّمان إذا قلنا: الواجب القود عينًا، وعلَّلا بأنَّه إنمَّا فوَّت على المرتهن اكتساب المال، وذلك غير لازم له، والاقتصاص مثل العفو، ثمَّ وجدت الشَّيخ مجد الدِّين صرَّح بهذا البناء الَّذي ذكرته.

ومنها: إذا قتل عبد من التَّركة المستغرَقة بالدُّيون عمدًا، وقلنا: ينتقل الملك إلى الورثة، فاختاروا القصاص؛ فهل يطالَبون بقيمة العبد أم لا؟ يُخرَّج على المرهون.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وقد يفرَّق: بأنَّ الجناية هنا على نفسه، وحقوقهم إنَّما تتعلَّق بماله، فلو كانت على ماله؛ تعلَّقت حقوقهم ببذله، ولم يكن للمفلس تفويته، فإذا فوَّته؛ لزمه بذله أيضًا، كما يلزم الرَّاهن).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): أمرين.

ومنها: العبد الموصى بمنفعته إذا قُتل عمدًا، فهل لمالك الرَّقبة الاقتصاص بغير إذن مالك المنفعة، وهل يضمن أم لا؟

صرَّح القاضي في «خلافه»: بالمنع؛ كالرَّهن سواء، وهذا متخرِّج على أحد الوجهين، وهو أنَّ حقَّ مالك المنفعة لم يبطل بالقتل.

وأمَّا على الوجه الآخر، وهو بطلان حقِّه بالقتل؛ جعلًا للوصيَّة بالمنفعة كالهبة الَّتي لم تُقبض؛ فلا يمنع مالك الرَّقبة من الاقتصاص، ولا(١) شيء عليه.

ومنها: إذا جُنِيَ على المكاتب؛ فهل له أن يقتصَّ بدون إذن سيِّده؟

ذكر(٢) القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل: الجواز؛ لأنَّ المطالبة بالقصاص والعفو عنه إلى العبد دون سيِّده ولو كان قنًّا[١].

وقال القاضي في «خلافه»: قياس قول أبي بكر في منعه من الاقتصاص من عبيده إذا قتل بعضهم بعضًا: أنَّه(٣) لا يجوز له الاقتصاص بدون إذن سيِّده.

---

[١] كتب على هامش (ن): (لعلَّ مراده: لو كان المجني عليه قنًّا، بأن كان عبدًا للمكاتب، فإنَّ قوله: «إذا جُنِيَ على المكاتب» يشمل الجناية على نفسه وعلى رقيقه).

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): فلا.
(٢) في (أ): ذكره.
(٣) في (أ): بأنَّه.

وفيه نظر[١]، فإنَّ القاتل قد فوَّت مالًا مملوكًا، فهو كقتل الرَّاهن للمرهون بقصاص استحقَّه عليه، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيِّده؛ لأنَّ السَّيِّد لا يستحق انتزاع ذلك منه، وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجاني عليه؛ فإنَّه لم يفوِّت به(١) مالًا مملوكًا له.

ومنها: لو قُتل العبد الموصى به لمعيَّن قبل قبوله؛ فهل للورثة الاقتصاص بدون إذن الموصى له؟

إذا قلنا: هو ملك لهم؛ يتوجَّه المنع إذا قلنا: إنَّ الجناية أوجبت أحد شيئين، فإن فعلوا؛ ضمنوا للموصى له القيمة إذا قَبِل.

ومنها: لو قُتل عبدٌ من مال المضاربة عمدًا، فإن كان في المال ربح؛ فهما شريكان، وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص ولا العفو، هذا ظاهر كلام القاضي وابن عقيل، فلو اقتصَّ ربُّ المال بغير اختيار المضارَب؛ توجَّه أن يُضمَن للمضارَب حصَّته من الرِّبح إن قلنا: الواجب بالقتل أحد شيئين.

القاعدة الثَّانية: في العفو عن القصاص، وله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقع العفو عنه إلى الدِّية، وفيه طريقان(٢):

إحداهما: ثبوت الدِّية على الرِّوايتين، وهي طريقة القاضي.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في اقتصاصه من عبده إذا قتله عبده الآخر).

---

(١) قوله: (به) سقط من (ب) و(ن).

(٢) في (ب) و(د) و(و): طريقتان.

والثَّانية: بناؤه على الرِّوايتين.

فإن قلنا: موجبه أحد شيئين؛ ثبتت الدِّية، وإلا لم يثبت شيء بدون تراض منهما، وهي طريقة أبي الخطَّاب وابن عقيل، وذكره القاضي أيضًا في المضاربة(١)؛ فيكون القود باقيًا بحاله؛ لأنَّه لم يرضَ بإسقاطه إلَّا بعوض، ولم يحصل له.

والحالة الثَّانية: أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالًا، فإن قلنا: موجبه القصاص عينًا؛ فلا شيء له، وإن قلنا: أحد شيئين؛ ثبت المال.

وخرَّج ابن عقيل: أنَّه إذا عفا عن القود؛ سقط، ولا شيء له بكلِّ حال على كلِّ قول؛ لأنَّه بعفوه عنه تعيَّن الواجب فيه بتصرُّفه فيه؛ فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع، ثمَّ طلَّق إحداهنَّ؛ فإنَّه يتعيَّن الاختيار فيها.

وهذا ضعيف، فإنَّ إسقاط القود تركٌ له، وإعراض عنه وعدول إلى غيره، ليس اختيارًا له، ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعًا، وليس له اختيارهما جميعًا، بخلاف الزَّوجات؛ فإنَّه لا يملك طلاق أكثر من أربع منهنَّ على المشهور [١].

الحالة الثَّالثة: أن يعفو عن القود إلى غير مال مصرِّحًا بذلك، فإن قلنا: الواجب القصاص عينًا؛ فلا مال له في نفس الأمر، وقوله هذا

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال في «الفروع»: وإن طلَّق الكلَّ ثلاثًا؛ تعيَّن أربع بالقرعة، وله نكاح البقيَّة، وقيل: لا قرعة ويحرمْنَ إلَّا بعد زوج).

---

(١) قوله: (وذكره القاضي أيضًا في المضاربة) سقط من (ب).

لغو، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ سقط القصاص والمال جميعًا.

فإن كان ممَّن لا تبرُّع له؛ كالمفلس المحجور عليه، والمكاتب، والمريض فيما زاد على الثُّلث، والورثة مع استغراق الدُّيون للتَّركة؛ فوجهان:

أحدهما: لا يسقط المال بإسقاطهم، وهو المشهور؛ لأنَّ المال وجب بالعفو عن القصاص؛ فلا يمكنهم إسقاطه بعد ذلك؛ كالعفو عن دية الخطأ.

والثَّاني: يسقط، وفي «المحرَّر»: أنَّه المنصوص عليه؛ لأنَّ المال لا يتعيَّن بدون اختياره له أو إسقاط القصاص وحده.

أمَّا إن أسقطهما في كلام واحد متَّصل؛ سقطا جميعًا من غير دخول المال في ملكه، ويكون ذلك اختيارًا منه لترك التَّملُّك؛ فلا يدخل المال في ملكه.

إذا تقرَّر هذا؛ فهل يكون العفو تفويتًا للمال؟[١]

إن قلنا: الواجب القود عينًا؛ لم يكن العفو تفويتًا لمال؛ فلا يوجب ضمانًا، صرَّح به القاضي وابن عقيل.

وكلام أبي الخطاب يدلُّ على وجوب الضَّمان.

وصرَّح في «الكافي»: بأنَّه على وجهين، كما لو اقتصَّ منه في هذه الحالة[٢]؛ فإنَّ عنده في الضَّمان وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: حيث صحَّحنا العفو؛ فهل يكون تفويتًا للمال أم لا؟).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: في حالة عدم صحَّة تبرُّعه على القول بأنَّ =

وقد سبق بيان ضعف ذلك، ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل.

وكذا في «التَّلخيص»: أنَّ في الضَّمان ههنا[١] وجهين، وصحَّح عدمه، ولم يذكر في الضَّمان إذا اقتصَّ خلافًا.

وفرَّق بعض الأصحاب بين الضَّمان بالاقتصاص وعدم الضَّمان بالعفو: بأنَّه إذا اقتصَّ؛ فقد استوفى بدل المال؛ فلذلك لزمه الضَّمان، بخلاف ما إذا عفا؛ فإنَّه لم يستوفِ له بدلًا، بل فات عليهما جميعًا، ولهذا لو أبرأ أحد الشَّريكين الغريم من حقِّه؛ برئ، ولم يلزمه الضَّمان لشريكه، بخلاف ما إذا استوفى حقَّه أو بدله؛ فإنَّه يضمن لشريكه نصيبه منه.

وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، فعفا مجَّانًا، ففي «الكافي»: هو كالعفو عن المال.

فإن كان محجورًا عليه؛ لم يصحَّ.

وإن كان راهنًا؛ ففيه(١) ثلاثة أوجه:

= الواجب القصاص عينًا، كما تقدَّم فيما إذا اقتصَّ من الجاني على عبده المرهون).

[١] كتب على هامش (ن): (أي: فيما إذا عفا عن القصاص مجَّانًا، وقلنا: الواجب القصاص عينًا).

---

(١) في (أ) و(و): فيه.

أحدها: لا يصحُّ، وهو اختياره - أعني: صاحب «الكافي» -؛ كما لا يصحُّ عفو المفلس.

والثَّاني: يصحُّ، ويؤخذ منه القيمة تكون رهنًا؛ لأنَّه أتلفه بعفوه، وهو قول أبي الخطَّاب، وبه جزم صاحب «التَّلخيص».

والثَّالث: يصحُّ بالنِّسبة إلى الرَّاهن دون المرتهن؛ فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهنًا مكانه، فإذا زال الرَّهن؛ رُدَّت إلى الجاني، وهو قول القاضي وابن عقيل.

وأمَّا على الوجه الثَّاني الَّذي حكيناه في أصل المسألة بصحَّة عفو المفلس، والمريض فيما زاد على الثُّلث، والورثة، ونحوهم؛ فيتخرَّج في الضَّمان وجهان؛ كالاقتصاص إذا قلنا: الواجب أحد شيئين.

ويتخرَّج على هذا الأصل مسائل:

منها: عفو الرَّاهن عن الجناية على المرهون، وقد ذكرنا حكمه مستوفىً.

ومنها: عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجَّانًا؛ فالمشهور: أنَّا إن قلنا: الواجب القود عينًا؛ صحَّ.

وإن قلنا: أحد أمرين؛ لم يصحَّ العفو عن المال.

وعلى الوجه الآخر الَّذي قيل: إنَّه المنصوص؛ يصحُّ، وعلى طريقة من حكى الضَّمان في المرهون.

وإن قلنا: الواجب القود عينًا؛ يخرَّج ههنا مثله.

ومنها: عفو المكاتب عن القصاص، وحكمه حكم المفلس.

ومنها: عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الدُّيون، وحكمه كذلك .

ومنها: عفو المريض عن القصاص، وحكمه فيما زاد على الثُّلث كذلك.

ومنها: إذا عفا الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته؛ هل يضمن لمالك المنفعة قيمتها؟ على وجهين، حكاهما في «التَّرغيب».

والأظهر: تخريجهما على أنَّ حقَّ صاحب المنفعة هل سقط بالإتلاف أم لا؟

ويتوجَّه: ألَّا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع؛ لأنَّها ملك للغير إذا قلنا: الواجب أحد أمرين، وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر؛ لأنَّ الإجارة تنفسخ بالقتل، ويرجع المستأجر ببقيَّة الأجرة.

ومنها: إذا قُتل العبد الموصى به لمعيَّن قبل قبوله؛ فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به؛ لأنَّ قيمته له؟ صرَّح بذلك أبو الخطَّاب والأصحاب.

فيتوجَّه تخريج ذلك على هذا الأصل إن قلنا: الواجب القصاص عينًا، فلم يجب بهذه الجناية مال؛ فلهم العفو، لا سيَّما على قولنا: إنَّ ملكه قبل القبول لهم.

وإن قلنا: أحد أمرين؛ لم يصحَّ عفوهم، وعلى طريقة من حكى الضَّمان.

وإن قلنا: الواجب القود[١] في المرهون؛ يخرَّج ههنا مثله.

ومنها: العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت عن دم العمد، إن قلنا: الواجب القود عينًا؛ فهو صحيح.

وإن قلنا: أحد شيئين؛ فكذلك، صرَّح به القاضي في «خلافه» في مسألة الوقف على الوارث في المرض.

ويتوجَّه فيه وجه آخر: بوقوفه على إجازة الورثة.

تنبيهان:

أحدهما: لو أطلق العفو عن الجاني عمدًا؛ فهل يتنزَّل عفوه على القود والدِّية، أو على القود وحده؟

حكى صاحب «المحرَّر» ثلاثة أوجه:

أحدها - وذكر أنَّه المنصوص -: أنَّه ينصرف إليهما جميعًا، ونصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى.

والثَّاني: ينصرف إلى القود وحده، إلَّا أن يقرَّ العافي بإرادة الدِّية مع القود.

والثَّالث: يكون عفوًا عنهما، إلَّا أن يقول: لم أرد الدِّية، فيحلف ويقبل منه.

وفي «التَّرغيب»: إن قلنا: الواجب القود وحده؛ سقط ولا دية، وإن قلنا: أحد شيئين؛ انصرف العفو إلى القصاص في أصحِّ الرِّوايتين، والأخرى: يسقطان جميعًا.

---

(١) زاد في (ب) وباقي النسخ: (عينًا)، وقد ضرب عليها في (أ).

الثَّاني: لو اختار القصاص؛ فله ذلك، وهل له العود عنه إلى الدِّية؟

إن قلنا: القصاص هو الواجب عينًا؛ فله تركه إلى الدِّية.

وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ فعلى وجهين حكاهما في «التَّرغيب»:

أحدهما: نعم، وهو قول القاضي وابن عقيل؛ ولأنَّ أكثر ما فيه أنَّه تعيَّن له القصاص؛ فيجوز له تركه إلى مال، كما إذا قلنا: هو الواجب عينًا.

والثَّاني: لا، وهو احتمال في «الكافي» و«المحرَّر»؛ لأنَّه أسقط حقَّه من الدِّية باختياره، فلم يكن له الرُّجوع إليها، كما لو عفا عنها وعن القصاص.

وفارق ما إذا قلنا: القود هو الواجب عينًا؛ لأنَّ المال لم يسقط بإسقاطه.

ويجاب عن هذا: بأنَّ الَّذي أسقطه هو الدِّية الواجبة بالجناية، والمأخوذ هنا غيره، وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعيِّن.

القاعدة الثَّالثة: الصُّلح عن موجب الجناية:

فإن قلنا: هو القود وحده؛ فله الصُّلح عنه بمقدار الدِّية، وبأقلَّ وأكثر منها؛ إذ الدِّية غير واجبة بالجناية.

وكذلك إذا اختار القود أوَّلًا، ثمَّ رجع إلى المال وقلنا: له ذلك؛ فإنَّ الدِّية سقط وجوبها.

وإن قلنا: أحد شيئين؛ فهل يكون الصُّلح عنها[١] صلحًا عن القود أو المال(١)؟ على وجهين، يتفرَّع عليها[٢] مسائل:

منها: هل يصحُّ الصُّلح على أكثر من الدِّية من جنسها أم لا؟

قال أبو الخطَّاب في «الانتصار»: لا يصحُّ؛ لأنَّ الدِّية تجب[٣] بالعفو والمصالحة[٤]؛ فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس.

وكذلك قال صاحب «التَّلخيص»: يصحُّ على غير جنس الدِّية، ولا يصحُّ على جنسها إلَّا بعد تعيين الجنس من إبل أو بقر أو غنم؛ حذارًا من ربا النَّسيئة وربا الفضل.

وأطلق الأكثرون جواز الصُّلح بأكثر من الدِّية من غير تفصيل، قال في «المغني»: (لا أعلم فيه خلافًا)(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: عن الجناية).

[٢] كتب على هامش (ن): (صوابه عليهما).

[٣] كتب على هامش (ن): (أي: تتعين).

[٤] كتب على هامش (ن): (قوله: "بالعفو" أي: عن القود، وقوله: "والمصالحة" كأنَّه يريد أو بالمصالحة؛ أي: إنَّما تتعين الدِّية بالعفو عن القود أو بالمصالحة عنه، وإذا تعيَّنت بواحد منهما؛ لم تجز المصالحة عنها بالقود من جنسها؛ حذارًا من ربا الفضل، أو لأنَّه يصير مصالحًا عن الواجب بأكثر منه من جنسه ولا يجوز ذلك).

---

(١) قوله: (أو المال) هو في (أ): والمال.

(٢) ينظر: المغني ٨/ ٣٦٣.

وصرَّح السَّامريُّ في «فروقه» بجواز الصُّلح[١] بأكثر من الدِّية وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ وعلَّل: بأنَّ القود ثابت[٢]، فالمأخوذ عوض عنه، وليس من جنسه، فجاز من غير تقدير؛ كسائر المعاوضات الجائزة.

وأمَّا القود؛ فقد يقال: إنَّما يسقط بعد صحَّة الصُّلح وثبوته[٣]، وأمَّا مجرد المفاوضة(١) في عقد الصُّلح؛ فلا يوجب سقوطه[٤]؛ فإنَّه إنَّما

[١] كتب على هامش (ن): (أي: في الصُّلح، لا في الجنايات).

[٢] كتب على هامش (ن): (على كلا الرِّوايتين).

[٣] كتب على هامش (ن): ("وأمَّا القود؛ فقد يقال: إنَّما يسقط بعد صحَّة الصُّلح وثبوته" كأن هذا الكلام جواب لما تقدَّم في كلام أبي الخطَّاب، حيث قال: إنَّ الدِّية تجب بالعفو والمصالحة؛ يعني: فإذا أوجبت بالمصالحة تعيَّنت؛ فلم يجز الصُّلح عنها بأكثر منها من جنسها، ومفهوم ذلك: أنَّها تجب بمجرَّد المصالحة أو بمجرَّد الشُّروع في عقد الصُّلح، فأراد المصنِّف أن يردَّ هذا المفهوم، فبيَّن أنَّ الدِّية إنَّما تجب بإسقاط القود، وإنَّما يسقط القود بشرط تمام الصُّلح وثبوت العوض لا بمجرَّد المعاوضة، وإذا لم يسقط القود إلَّا بتمام الصُّلح، ولم تجب الدِّية إلَّا بسقوط القود؛ تبيَّن أنَّ عوض الصُّلح ثبت قبل وجوب الدِّية، فلا يكون الصُّلح صلحًا عنها بعد وجوبها، بل هو صلح عن الجناية قبل وجوب الدِّية. من خطِّ قاضي القضاة محب الدِّين البغداديِّ رحمه الله).

[٤] كتب على هامش (ن): (أي: إذا تبيَّن أنَّ الصُّلح لم يصحَّ).

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(ن): المعاوضة.

يسقط(١) بعوض، فلا يسقط بدون ثبوت العوض له[١].

ومنها: لو صالح عن دم العمد بشقص؛ هل يؤخذ بالشُّفعة أم لا؟

إن قلنا: الواجب القود عينًا؛ فالشِّقص مأخوذ بعوض غير ماليٍّ؛ فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين، وهو قول أبي بكر والقاضي والأكثرين، خلافًا لابن حامد.

وإن قلنا: الواجب أحد شيئين؛ فهو مأخوذ بعوض ماليٍّ؛ إذ هو عوض عن الدِّية لتعيُّنها باختيار الصُّلح، صرَّح به صاحبا(٢) «المغني» و«التَّلخيص»، وكذلك ذكر السَّامريُّ في «المستوعب»، وهو خلاف ما قرَّره في «الفروق».

ويتوجَّه على قول من قال: الصُّلح عن القود، أن يُطرَد فيه الوجهان الأوَّلان، وهو وفق إطلاق الأكثرين.

ومنها: لو قتل عبدُه(٣) عبدًا من مال التِّجارة عمدًا، فصالح المالك

[١] كتب في هامش (ن): (حاصل هذا الكلام: أن قول أبي الخطاب: "إن الدية تجب بالمصالحة" ممنوع، وإنما تجب بسقوط القود، وسقوطه متوقف على صحة الصلح ولزوم العوض فيه، فيكون ثبوت العوض بالصلح سابقًا على ثبوت الدية وتعينها، فلا يكون مصالحة عن الواجب بأكثر منه من جنسه).

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): يسقطه.
(٢) في (أ) و (ج) و(ن): صاحب.
(٣) في (ب) و(ج): عبد.

عنه بمال؛ فذكر القاضي في التَّخريج أنَّه[١]: إن قلنا: الواجب القصاص عينًا؛ لم يصر المال المصالح به للتِّجارة إلَّا بنيَّة؛ وعلَّل: بأنَّه ليس بعوض عن المقتول، بل عن القصاص[٢].

وإن قلنا: الواجب[٣] أحد شيئين؛ فهو من مال التِّجارة بغير نيَّة؛ كثمن المبيع؛ وعلَّل: بأنَّه عوض عن المقتول؛ فهو كقتل الخطأ.

وهذا يتنزَّل على أنَّ الصُّلح وقع على المال.

أمَّا إن قيل: إنَّه واقع عن القود؛ فقد يقال كذلك؛ لأنَّه بدل عن العبد، وقد يقال: لا يصير للتِّجارة إلَّا بنيَّة، وظاهر تعليل القاضي يدلُّ عليه؛ لأنَّه عوض عمَّا كان يستحقُّه على مالك الجاني من إراقة دمه، بخلاف ما إذا أخذ قيمة الجاني أو باعه في الجناية؛ فإنَّه استوفى المال الواجب بالقتل عوضًا عن العبد المقتول.

وذكر القاضي وابن عقيل في المضاربة: إذا قتل عبدٌ عبدًا من عبيد المضاربة عمدًا، فصالح عنه بمال؛ فهو من مال المضاربة؛ لأنَّه بدل عن مال المضاربة؛ فهو كالثَّمن، ولم يبنياه على الخلاف في موجب العمد؛ إذ هو بدل عنه بكلِّ حال، ولا حاجة ههنا إلى نيَّة.

---

(١) قوله: (فذكر القاضي في التخريج أنه) هي في (ب): فذكر ابن تميم عن القاضي في التخريج أنه قال.

(٢) زاد في (أ): (وعلَّل بأنَّه عوض عن المقتول؛ فهو كقتل الخطأ). وهي خطأ، وسيأتي موضع ذكرها قريبًا، ولم تذكر في (أ) في ذلك الموضع.

(٣) قوله (الواجب) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن).

ولكن قد ينبني على ما ذكرناه من أنَّ الصُّلح هل وقع عن المال أو عن القود؟

وقال أبو البركات في «تعليقه على الهداية»: يحتمل عندي أنَّه متى قلنا: القصاص يجب عينًا؛ أنَّ المضاربة قد بطلت، ويكون جميع ما تصالح عليه للسَّيِّد ملكًا جديدًا.

قاعدة [١٣٨]

العين المتعلِّق بها حقٌّ لله تعالى أو لآدميٍّ: إمَّا أن تكون مضمونة، أو غير مضمونة.

فإن كانت مضمونة؛ وجب ضمانها بالتَّلف والإتلاف بكلِّ حال.

وإن لم تكن مضمونة؛ لم يجب ضمانها بالتَّلف، ووجب بالإتلاف إن كان لها مستحِقٌّ موجود، وإلَّا فلا[١].

أمَّا الأوَّل؛ فله أمثلة:

منها: الزَّكاة إذا قلنا: تتعلَّق بالعين على المشهور؛ فإنَّها لا تسقط بتلف المال، ويجب ضمانها.

ومنها: الصَّيد في حقِّ المحرم وفي الحرم؛ مضمون على المالك بالجزاء.

وأمَّا الثَّاني؛ فله أمثلة كثيرة:

منها: الرَّهن يُضمن بالإتلاف، مثل أن يَستهلكه الرَّاهن، أو يُعتقه إن كان عبدًا، ولا يُضمن بالتَّلف.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: وإن لم يكن له مستحق موجود؛ لم يجب الضَّمان؛ مثل أن ينذر عتق عبده، ثمَّ يقتله؛ فإنَّه لا يضمنه، كما يأتي بيانه في آخر القاعدة).

ومنها: العبد الجاني إذا أعتقه سيِّده؛ فإنَّه يضمنه، وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقًا، أو بأقلِّ الأمرين منه ومن قيمته؟ على روايتين ذكرهما القاضي في «المجرَّد»[١].

وأنكر في «الخلاف» رواية الضَّمان بالأرش مطلقًا؛ قال: لأنَّه أتلف محلَّ الحقِّ؛ فلا يلزمه أكثر من ضمانه، بخلاف[٢] ما إذا اختار فداءه؛ فإنَّه مع بقائه قد يرغب فيه راغب، فيبذل فيه ما يستوفى منه الأرش كلَّه؛ فلذلك ضمنه بالأرش كلِّه على رواية.

ونقل عنه ابن منصور: أنَّه إن(١) علم بالجناية؛ ضمنه بالأرش كلِّه، وإن لم يعلم؛ لزمه الأقل(٢).

ونقل عنه حرب[٣]: إن لم يعلم؛ فلا شيءَ عليه بحال، وإن علم؛

[١] كتب على هامش (ن): (انبناء هذا الخلاف على القول بأنَّه إذا اختار الفداء؛ يكون عليه الفداء بأقل الأمرين، كما صرَّح به في «المحرَّر»، وإلَّا لو قيل: إنَّه يلزمه الفداء بالأرش كلِّه؛ فههنا أيضًا كذلك وأنَّه أولى).

[٢] كتب على هامش (ن): (جواب عما يقال: كيف ساغ مجيء هذه الرواية فيما إذا اختار الفداء ولم يسغ مجيئه ههنا).

[٣] كتب على هامش (ن): (الَّذي نقله في «المحرَّر» عن رواية حرب أنَّه يلزمه =

(١) قوله: (إن) سقط من (أ).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٧/ ٣٤٣٢): قلت: عبد قتل حرًّا، فأعتقه سيده؟ قال أحمد: (إذا علم السيِّد بجناية عبده، فأعتقه؛ فالدية عليه، وإذا لم يعلم؛ فعليه قيمة عبده، وصار العبد حرًّا).

ضمنه بالقيمة فقط(١).

ولو قتله المالك؛ لزمته قيمته للمجني عليه، ذكره القاضي في «خلافه».

وإن قتله أجنبيٌّ؛ ففي «الخلاف الكبير»: يسقط الحقُّ[١]؛ كما لو مات.

وحكى القاضي في كتاب «الرِّوايتين» والآمديُّ روايتين:

إحداهما: يسقط الحقُّ، قال القاضي: نقلها مهنَّى(٢)؛ لفوات محلِّ الجناية.

والثَّانية: لا يسقط، نقلها حرب(٣)، واختارها أبو بكر، وبها جزم القاضي في «المجرَّد»؛ فيتعلَّق الحقُّ بقيمته؛ لأنَّها بدله؛ فهو كما لو مات القاتل عمدًا؛ فإنَّ الدِّية تجب في تركته.

وجعل القاضي المطالبة على هذه الرِّواية للسَّيِّد، والسَّيِّد يطالب

= الأقل، سواء علم أو لم يعلم، وعبارته: وإذا قلنا: يلزمه فداؤه بأقل الأمرين، فأعتقه بعد علمه بالجناية؛ لزمه جميع أرشها، بخلاف ما إذا لم يعلم، نقله ابن منصور. ونقل عنه حرب: لا يلزمه سوى الأقل أيضًا).

[١] كتب على هامش (ن): (هذا القول لم يظهر وجهه، ولعلَّه منزَّل على حالة ما إذا كان قتله هدرًا).

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٢٥٣).

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٢٩٢).

(٣) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٢٩٢).

الجاني[١] بالقيمة.

ومنها: إذا قَتَل رجلًا عمدًا، ثمَّ قُتِل القاتل؛ قال أحمد في رواية ابن ثواب في رجل قتل رجلًا عمدًا، ثمَّ قُتِل الرَّجل خطأً: لهم الدِّية، قيل له: وإن قُتل عمدًا؟ قال: وإن قُتل عمدًا، قيل له: فإنَّ قومًا يقولون: إنَّه إذا قُتل إنَّما كان لهم دمه، وليس لهم الدِّية، قال: ليس كذلك، الحديث: «إنَّ أولياءه بالخيار؛ إن شاؤوا قتلوا، وإن شاؤوا قبلوا الدِّية»(١).

فقد نصَّ على أنَّ القاتل إذا قُتل؛ تعينَّت الدِّية في تركته، وعلَّل: بأنَّ الواجب بقتل العمد أحد شيئين، وقد فات أحدهما؛ فتعيَّن الآخر.

وهذا يدلُّ على أنَّه لا يجب شيء إذا قلنا: الواجب القود عينًا، وهذا يقوى على قولنا: إنَّ الدِّية لا تثبت إلَّا بالتَّراضي.

وخرَّج الشَّيخ تقيُّ الدِّين وجهًا آخر، وقوَّاه: أنَّه تسقط الدِّية بموت القاتل أو قتله بكلِّ حال؛ معسرًا كان أو موسرًا، وسواء قلنا: الواجب القود عينًا، أو: أحد شيئين؛ لأنَّ الدِّية إنَّما تجب بإزاء العفو، وبعد موت القاتل لا عفو؛ فيكون موته كموت العبد الجاني.

والعجب من القاضي في «خلافه» كيف حمل هذه الرِّواية على أنَّ

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: مطالبة المجني أوَّلًا).

---

(١) أخرجه أحمد (٦٧١٧)، وأبو داود (٤٥٠٦)، والترمذي (١٣٨٧)، وابن ماجه (٢٦٢٦)، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال الترمذي: (حديث حسن غريب)، وحسنه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٥٩).

أولياء المقتول الأوَّل يُخيَّرون في القاتل الثَّاني بين(١) أن يقتصُّوا منه أو يأخذوا الدِّية؟! وتبعه على ذلك صاحب «المحرَّر»؛ فحكاه رواية[١].

ومن تأمَّل لفظ الرِّواية؛ علم أنَّها لا تدلُّ على ذلك البتَّة[٢].

[١] كتب على هامش (ن): (صاحب «المحرَّر» حكى فيه أولًا تعيُّن الدِّية، ثمَّ قال: وعنه ينتقل الحقُّ إذا قتل إلى القاتل الثَّاني، فيخيَّر أولياء القتيل الأوَّل بين قتله والعفو عنه، انتهى، ولم يتعيَّن أن يكون أخذ هذه الرِّواية من رواية ابن ثواب، اللَّهمَّ إلَّا أن يكون المصنِّف قد وقف له على كلامٍ يقتضي أنَّه أخذ ذلك من هذه الرِّواية؛ أعني: رواية ابن ثواب)، وكتب آخر: (لا يحتاج إلى أن يطَّلع المصنِّف على كلام يدلُّ على ما ذكره، وعمدة الأصحاب قاطبة في إثبات الرِّوايات لنا هو القاضي، فكلُّ رواية يذكرونها إنَّما هو بالتبع له حتَّى يتبيَّن أنَّهم انفردوا بإثباتها وواحدًا منهم نفى، وقول هذا القائل يتوجَّه على القاضي إن لم يكن قد اطَّلع على أنَّه فسَّر رواية ابن ثواب بما ذكره، مع أنَّه قد اطَّلع كما يقتضيه كلام المصنِّف، والله تعالى أعلم).

[٢] كتب على هامش (ن): (كأن يقطع بأنَّ معناها أنَّ أولياء المقتول الأوَّل يخيَّرون في القاتل الأوَّل بين أن يقتصُّوا منه، أو يأخذوا الدِّية، وأنَّه صريح في أن موجب العمد أحد شيئين، وكلام المصنِّف يتَّجه إن لم يكن الحديث واردًا في خصوص أولياء المقتول الأوَّل بالنِّسبة إلى القاتل الثَّاني برقبته بالنسبة إلى القاتل الأول، وهو الظَّاهر الَّذي اعتمد عليه المصنِّف [.....]).

(١) في (أ) و(ج) و(ن): من.

وقال القاضي أيضًا في «خلافه»: الدِّية واجبة في التَّركة، سواء قلنا: الواجب أحد شيئين، أو القصاص عينًا.

وكلام أحمد يدلُّ على خلاف ذلك كما رأيته، وكذلك نصَّ عليه في رواية ابن القاسم في الرَّجل يَقتل عمدًا، ثم يُقدَّم ليُقاد منه، فيأتي رجل فيقتله؛ قال: كان الوليُّ الأوَّل بالخيار؛ إن شاء قتل، وإن شاء أخذ الدِّية، فلمَّا ذهب الدَّم؛ فينظر إلى أولياء هذا المقتول الثَّاني؛ فإن هم أخذوا الدِّية من القاتل الأخير؛ فقد صار ميراثًا من ماله، ثمَّ يعود أولياء الدَّم الأوَّل فيأخذونها منهم بدم صاحبهم[١].

وكذلك نقل أبو طالب عن أحمد، وقال: إذا فاته الدَّم؛ أخذ الدِّية من ماله إن كان له مال؛ لأنَّه مخيَّر: إن شاء أخذ الدِّية، وإن شاء عفا.

وهذا كلُّه تصريح بالحكم والتَّعليل، وجعل المطالبة بالدِّية لأولياء القاتل الأوَّل؛ لأنَّ الدِّية في ماله.

وخرَّج صاحب «المغني» وجهًا: أنَّ المطالبة لقاتل القاتل؛ لأنَّه فوَّت محلَّ الحقِّ؛ فهو(١) كما لو قُتِل العبدُ الجاني.

وللأصحاب وجهان فيما إذا قتَلَ الجانيَ بعضُ الورثة، حيث لا

---

[١] كتب على هامش (ن): (مفهوم ذلك: أنَّه إذا لم يأخذ أولياء المقتول الثَّاني الدِّية؛ لم يكن لأولياء المقتول الأوَّل شيء، ولو كان له تركة، ولعلَّ ذلك تفريع على أنَّ الواجب القصاص عينًا، وقد فات محلُّه، ولم يؤخذ له بدله).

---

(١) قوله: (فهو) سقط من (أ).

ينفرد بالاستيفاء؛ هل للباقين حصَّتهم من الدِّية في مال الجاني، أو على المقتصِّ؟ على وجهين .

وعلى الأوَّل: يرجع ورثة الجاني على المقتصِّ بما فوق حقِّه.

ونقل صالح وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلًا، فقامت البيِّنة عند الحاكم، فأمر بقتله، فعدا بعض ورثة المقتول، فقتل الرَّجل بغير أمر الحاكم؛ فقال: هذا قد وجب عليه القتل، ما للحاكم ههنا؟![1].

وظاهر هذا: أنَّه لا يلزمه ضمان؛ لأنَّه استوفى الحقَّ لنفسه ولشركائه، ولا سيَّما إن قلنا: الواجب بقتل العمد القود عينًا.

ومنها: لو عيَّن أضحية أو هديًا لا عن واجب في الذِّمَّة، فإن أتلفه أو تلف بتفريطه؛ فعليه ضمانه بمثله؛ لأنَّ مستحقَّه موجود، وهم المساكين، وإن تلف بغير تفريط؛ فلا شيء عليه.

ونقل القاضي في «خلافه»، وأبو الخطَّاب في «انتصاره»، وابن عقيل في «عُمَدِه»، رواية بوجوب الضَّمان؛ كالزَّكاة، وأخذوه من قول الخرقيِّ: ومن ساق هديًا واجبًا، فعطب دون محلِّه؛ فعليه مكانه.

وهذا بعيد جدًّا، وكلام الخرقيِّ إنَّما هو في الواجب في الذِّمَّة.

قالوا: وكذا الخلاف فيمن نذر الصَّدقة بمال معيَّن، فلم يفعل حتَّى

---

(١) لم نقف على الرواية في مسائل صالح، ولا في مسائل ابن منصور.
وقد ذكرها في الفروع (٩/ ٤٠٣)، ونسبها لصالح وابن هانئ، وهي موجودة بنصها في مسائل ابن هانئ (٢/ ٨٥).

تلف؛ هل يضمنه؟ على الرِّوايتين.

ومنها: لو نذر عتق عبد معيَّن، فمات قبل أن يعتقه؛ لم يلزمه عتق غيره، ولزمه كفَّارة يمين، نصَّ عليه أحمد[(١)]؛ لعجزه عن المنذور.

وإن قتله السَّيِّد؛ فهل يلزمه ضمانه؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه، قاله القاضي وأبو الخطَّاب؛ لأنَّ القصد من العتق تكميل الأحكام، والمصرف العبد، فإذا فات المصرف؛ لم يبق مستحقٌّ للعتق.

والثَّاني: يلزمه، قاله ابن عقيل؛ فيجب صرف قيمته في الرِّقاب؛ أخذًا من قولنا في الولاء: إذا حصل من المعتقين في الكفَّارة صرف في الرقاب، والولاء أيسر من القيمة؛ لأنَّه بدل الأكساب، والقيمة بدل الذَّات، وإذا كانت الرِّقاب مصرفًا؛ فلا وجه لسقوط القيمة عنه.

ولو أتلفه أجنبيٌّ؛ فقال أبو الخطَّاب: لسيِّده القيمة، ولا يلزمه صرفها في العتق.

وخرَّج بعض الأصحاب وجهًا بوجوبه، وهو قياس قول ابن عقيل؛ لأنَّ البدل قائم مقام المبدل، ولهذا لو وصَّى له بعبد، فقُتِل قبل قبوله؛ فإنَّ قيمته له إذا قبل.

---

(١) ينظر: المغني (١٠/ ١٨).

قاعدة [١٣٩]

الحقوق الواجبة من جنس إذا كان بعضها مقدَّرًا بالشَّرع، وبعضها غير مقدَّر به، فهي ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكون تقدير الحقِّ خشية سقوط صاحبه، حيث كان من لم يقدَّر حقُّه يستحقُّ الجميع عند الانفراد؛ كذوي الفروض مع العصبات في الميراث؛ فههنا[١] قد يزيد الحقُّ الَّذي لم يقدَّر على الحقِّ المقدَّر؛ لأنَّه أقوى منه.

والنَّوع الثَّاني: أن يكون التَّقدير لنهاية الاستحقاق، وغير المقدَّر موكولًا إلى الرَّأي والاجتهاد من غير تقديره بأصل يُرجع إليه؛ فلا يزاد الحقُّ الَّذي لم يقدَّر على المقدَّر ههنا.

وله[٢] صور:

منها: الحدُّ والتَّعزير؛ فلا يبلغ بتعزير الحرِّ والعبد أدنى حدودهما، إلَّا فيما سببه الوطء؛ فيجوز أن يبلغ بالتَّعزير عليه في حقِّ الحرِّ مائة جلدة بدون نفي.

---

(١) في (ب): ههنا.

(٢) في (أ) و(و): له.

وقيل: لا يبلغ المائة، بل ينقص منها سوطًا، وفي حقِّ العبد خمسين إلَّا سوطًا، ويجوز النَّقص منه على ما يراه السُّلطان.

ومن الأصحاب من حكى أنَّه لا يبلغ بالتَّعزير في معصية حدًّا مشروعًا في جنسها، ويجوز أن يزيد على حدِّ غير جنسها، قال في «المغني»: ويحتمله كلام أحمد والخرقيِّ.

وعن أحمد: لا يزاد في كلِّ تعزير على عشر جلدات؛ لخبر أبي بردة.[1]

ومنها: السَّهم من الغنيمة والرَّضخ[2]؛ فلا يبلغ بالرَّضخ لآدميٍّ سهمه المقدَّر، ولا بالرَّضخ لمركوبٍ سهمه المقدَّر.

النَّوع الثَّالث: أن يكون أحدهما مقدَّرًا شرعًا، والآخر تقديره راجع إلى الاجتهاد، لكنه يرجع إلى أصل يُضبَط به؛ فهل هو كالمقدَّر أم لا؟

إن كان محلُّهما واحدًا؛ لم يجاوز به المقدَّر، وفي بلوغه خلاف.

وإن كان محلُّهما مختلفًا؛ فالخلاف في بلوغ المقدَّر ومجاوزته.

فالأوَّل: كالحكومة إذا كانت في محلٍّ له مقدَّر؛ فلا يجاوز بها المقدَّر لذلك المحلِّ، وفي بلوغه وجهان.

والثَّاني: كدِيَة الحرِّ مع[3] قيمة العبد، فإذا جاوزت قيمته الدِّية؛

---

(١) أخرجه البخاري (٦٨٥٠)، ومسلم (١٧٠٨)، من حديث أبي بردة رضي الله عنه مرفوعًا، ولفظه: «لا تجلدوا فوق عشرة أسواط، إلا في حد من حدود الله».

(٢) قال في المطلع (ص٢٥٦): (يرضَخ: بفتح الضاد، قال أبو السعادات: الرضخ: العطية القليلة، وقال الجوهري: الرضخ: العطاء).

(٣) قوله: (مع) سقط من (أ).

فهل تجب القيمة بكمالها، أم لا يجوز أن تبلغ بها دية الحرِّ، بل ينقص منها؟ على روايتين.

وقد يخرَّج عليهما[١] جواز بلوغ الحكومة الأرش المقدَّر مطلقًا.

(١) في (أ): عليها.

قاعدة [١٤٠]

من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف، مع قيام المقتضي له، لمانع؛ فإنَّه يتضاعف عليه الغرم.

ويتخرَّج على ذلك مسائل:

منها: إذا قتل مسلمٌ ذميًّا عمدًا؛ ضمنه بدية مسلم.

ومنها: من سرق من غير حرز؛ فإنَّه يتضاعف عليه الغرم، نصَّ عليه(١)[١].

وقيل: يختصُّ ذلك بالثَّمر والكَثَر.

ومنها: الضَّالَّة المكتومة تضمن بقيمتها مرَّتين، نصَّ عليه أحمد[٢] في رواية ابن منصور(٢)؛ معلِّلًا: بأن التَّضعيف في الضَّمان هو لدرء

[١] كتب على هامش (ن): (والمذهب خلافه).

[٢] كتب على هامش (ن): (والمذهب خلافه).

(١) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ٩٠): سألت أبا عبد الله عن الرجل يعفى عنه حد في سرقة أو غيره من الحدود؟ قال: أذهب إلى حديث عمرو بن شعيب، إذا دُرئ عنه شيء من ذلك؛ أُضعف عليه الغرم، إذا كان مائتين، أُخذ منه أربعمائة، وإذا كانت ألفًا، أُخذ منه ألفان.

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٧/ ٣٥٨١).

القطع، وهذا متوجِّه(١) على أصله في قطع جاحد العارية.

ومنها: إذا قلع الأعور عين الصَّحيح؛ فإنَّه لا يُقتصَّ منه، ويلزمه الدِّية كاملة، نصَّ عليه(٢).

ومنها: الصَّغير إذا قَتَل عمدًا، وقلنا[١]: إنَّ له عمدًا صحيحًا؛ ضوعفت عليه الدِّية في ماله.

ومنها: السَّرقة عام المجاعة، قال القاضي في «خلافه»: يتضاعف الغرم فيها من غير قطع على قول أحمد؛ لأنَّه احتجَّ في رواية الأثرم بحديث عمر في رقيق حاطب(٣).

ومنها: السَّرقة من الغنيمة، إذا قلنا: هي كالغلول، وإنَّ الغالَّ يُحرَم سهمَه منها على رواية(٤)؛ فيجتمع عليه غرم ما سرقه، مع حرمان سهمه

---

[١] كتب على هامش (ن): (إشارة إلى أنَّه خلاف المذهب).

---

(١) في (أ): يتوجّه.

(٢) جاء في مسائل عبد الله (ص ٤١٩): سألت أبي عن الأعور يفقأ عين الصحيح؟ قال: (لا يستقاد منه، عليه الدية كاملة، ويروى هذا عن عثمان بن عفان).

(٣) أخرج مالك (٣٨)، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، أن رقيقًا لحاطب رضي الله عنه سرقوا ناقة لرجل من مُزينة، فانتحروها، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم قال عمر: «أراك تجيعهم»، ثم قال عمر: «والله لأغرمنك غرمًا يشق عليك»، ثم قال للمزني: «كم ثمن ناقتك؟» فقال المزني: قد كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم، فقال عمر: «أعطه ثمانمائة درهم».

(٤) جاء في الروايتين والوجهين (٢/ ٣٦٠): (نقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث: قد قالوا: يحرم سهمه من الغنيمة ويضرب).

المستحَقِّ منها، وقد يكون قدر السَّرقة، وأقلَّ وأكثر.

وليس من هذه القاعدة تغليظ الدِّية بقتل ذي الرَّحم المحرم عمدًا؛ لأنَّ القصاص فيه قد يكون واجبًا في قتل غير الابن، وإنَّما هو لزيادة حرمة الجناية؛ فهو كالتَّضعيف بالقتل في الحرم والإحرام.

قاعدة [١٤١]

إذا أتلف عينًا تعلَّق بها حقُّ لله[(١)] تعالى من يجب عليه حفظها واستبقاؤها إلى مدَّة معلومة؛ لزمه ضمانها بقيمتها في ذلك الوقت، لا يوم تلفها، أو بمثلها على صفاتها في ذلك الوقت، لا يوم تلفها على أصحِّ الوجهين.

ويتخرَّج على ذلك[(٢)] صور:

منها: لو ترك السَّاعي زكاة الثِّمار أمانة بيد ربِّ المال، فأتلفها قبل جفافها، أو تلفت بتفريطه؛ ضمنها بقدرها يابسًا لا رطبًا على الصَّحيح.

وعنه: يضمنها بمثلها رطبًا.

ومنها: لو أتلف الأضحيّة أو الهدي قبل يوم النَّحر؛ فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الإتلاف، أو يوم النَّحر.

وفيه وجه: يضمنها بقيمتها يوم التَّلف بكلِّ حال، كما لو كان أجنبيًّا.

وفي «الكافي»: يضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها[١]، أو هدي

[١] كتب على هامش (ن): (يحتمل أن يريد قيمتها يوم تلفها).

(١) في (أ) و(هـ) و(ن): الله.

(٢) فقوله: (على ذلك) هو في (أ) و(و): ذلك على.

مثلها؛ لأنَّه فوت الإراقة والتَّفرقة بعد لزومهما؛ فلزمه ضمانها(١)، كما لو أتلف شيئين.

قال: ويشترى بالقيمة هديًا، ويحتمل: أن يتصدَّق به.(٢)

ويلتحق بهذا: ما إذا أكل المضحِّي أو المهدي ممَّا مُنع من أكله؛ فإنَّه يضمنه بمثله لحمًا، نصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور(٣)؛ لأنَّه تلزمه الإراقة والتَّفرقة، وقد أتى بأحدهما[١] وبقي الآخر[٢]؛ فلزمه ضمانه.

ولو أتلفه غيره؛ فعليه قيمته؛ لأنَّه لا يلزمه الإراقة[٣]، فلزمته القيمة، ويشتري بها مثله.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وهو الإراقة).

[٢] كتب على هامش (ن): (وهو التَّفرقة، فيلزمه ضمانه بمثله؛ لتمكن التَّفرقة الواجبة عليه).

[٣] كتب على هامش (ن): (لأنها إنما تجب على المضحي لا على الأجنبي، فإذا لم يلزمه الإراقة صار كأنه أتلف شاة لا يجب ذبحها، فيجب ضمانها بقيمتها لا بمثلها).

---

(١) في (ب): ضمانهما.

(٢) الذي في الكافي (١/ ٥٣٩)، أنه يتصدق بقيمة الهدي وليس بالهدي كما توهم عبارة المؤلف، قال ابن قدامة (ويحتمل أن يتصدق بالقيمة).

(٣) جاء في مسائل ابن منصور (٥/ ٢٤٠٣): قلت: سئل سفيان: إن أكل منه شيئًا؟ قال: يغرم قيمة ما أكل - يعني من الفدية أو جزاء الصيد -. قال أحمد: (إذا أكل منه شيئًا فعليه البدل).

قاعدة [١٤٢]

ما زال من الأعيان، ثمَّ عاد بأصل الخلقة أو بصنع آدميٍّ؛ هل يحكم على العائد بحكم الأوَّل أو لا؟

فيه خلاف يطرد في مسائل:

منها: لو قلع سنَّه، أو قطع أذنه، فأعاده في الحال، فثبت والتحم كما كان ولم يَرِح؛ فهل يحكم بطهارته، أم لا؟

نصَّ أحمد على طهارته إذا ثبت والتحم، وعلى نجاسته إذا لم يثبت[1]؛ فحكى القاضي المسألة على روايتين.

وفرَّق ابن أبي موسى بين أن يثبت ويلتحم، فيحكم بطهارته لعود الحياة إليه، بخلاف ما إذا لم يثبت، وهذا حسن.

فإن كان ذلك بجناية جانٍ؛ فالمنصوص: أنَّه لا قود فيه ولا دية، سوى حكومة نقصه[2]، واختاره أبو بكر، وبناه كثير من الأصحاب على القول بطهارته.

---

(١) تُنظر الروايات عن أحمد في الروايتين والوجهين (١/ ٢٠٢)، ومنها رواية الأثرم عنه: في الرجل يقتص منه من أذن أو أنف، فيأخذ المقتص منه فيعيد بحرارته فيثبت؛ هل تكون ميتة؟ فقال: (أرجو أن لا يكون به بأس).

(٢) ينظر: المحرر (٢/ ١٢٩).

وقال القاضي: حقُّه بحاله.

فأمَّا إن اقتصَّ من الجاني فأعاده والتحم؛ فهل للمقتصِّ إبانته ثانيًا أم لا؟

نصَّ أحمد في رواية ابن منصور على أنَّ له إبانته، وعلَّل بأنَّ القصاص للشَّين وقد زال الشَّين بذلك[(١)].

وقال القاضي في «المجرَّد»: ليس له ذلك.

ومنها: لو قلع ظفر آدميٍّ، أو سنَّه، أو شعره، ثمَّ عاد، أو جنى عليه فأذهب شمَّه أو بصره، ثمَّ عاد بحاله؛ فلا ضمان بحال في المذهب؛ لأنَّ أطراف الآدميِّ لا تضمن بالإتلاف؛ إذ ليست أموالًا، وإنَّما تضمن بما نقص الجملة، ولم يوجد نقص.

ولا فرق في ذلك بين الحرِّ والعبد، صرَّح به جماعة.

ويتوجَّه التَّفريق؛ لأنَّ أعضاء الرَّقيق أموال، ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحرَّة على وجه لنا.

وقد ذكروا في الجارية المغصوبة إذا هزلت عند الغاصب، ثم سمنت؛ فهل يضمن نقصها؟ على وجهين، والأشبه بكلامه أن لا ضمان؛ لأنَّه نصَّ في رواية ابن منصور فيمن كسر خلخالًا لغيره: أنَّ عليه إصلاحه[(٢)].

وبينهما فرق؛ فإنَّ إصلاح الخلخال نوع ضمان، بخلاف عود السِّمن.

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٧/ ٣٣٨٩).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٧٢).

ولكن صرَّح صاحب «التَّلخيص»: بأنَّه لو غصب جدارًا فنقضه، ثمَّ أعاده؛ فإنَّ عليه[١] أرش نقصه، إلَّا أنَّ هذا بناه على أنَّ الواجب الأرش؛ فالبناء عدوان؛ فلا يسقط به الواجب.

وكذلك ذكر القاضي فيما إذا باع الغاصب الدَّار المغصوبة، فنقضها المشتري، ثمَّ بناها: أنَّ على[٢] المشتري ضمان ما بين قيمتها مبنيَّة ومنقوضة، يرجع به على الغاصب.

ومنها: نبات الحرم إذا قطعه، أو قلع غصنًا من شجرة منه، ثمَّ عاد؛ ففي ضمانه وجهان.

وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الإحرام، ثمَّ نبت؛ فهل يضمنه؟ على وجهين؛ لتردُّد ضمان صيد الحرم ونباته وصيد المحرم بين ضمان الأموال - إذ هي أموال في الجملة - وبين ضمان الآدميِّين؛ لأنَّه[٣] ضمان واجب لحقِّ الله تعالى.

والأشبه: أنَّ صيد الحرم ونباته ملحق بالآدميِّ[٤]؛ لعصمته بمحلِّه[٥] بالنِّسبة إلى جميع النَّاس، بخلاف صيد المحرم؛ فإنَّ تحريمه يختصُّ به، فهو شبيه بالأموال المملوكة الَّتي تحلُّ لمالكها دون غيره.

ومنها: لو أعاره حائطًا لوضع خشبه عليه، فسقط الجدار، ثمَّ

(١) في (ب): فعليه.
(٢) في (أ): على أن على.
(٣) قوله: (لأنَّه) سقط من (أ).
(٤) في (أ): يلحق بالآدميين.
(٥) في (أ): بمحلَّته.

أعاده؛ فهل له إعادة الوضع أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك بدون إذن؛ لأنَّ الثَّاني غير الأوَّل، فلم تتناوله الإعارة، ذكره القاضي وابن عقيل في باب العارية والصُّلح.

والثَّاني: له ذلك إن أعاده بآلته العتيقة، وإلَّا فلا، وحكي عن القاضي أيضًا، ولا أظنُّه يصحُّ عنه.

ولو كان الوضع مستحقًّا بعقد صلح؛ فله الوضع بكلِّ حال وجهًا واحدًا.

ومنها: إذا أجَره دارًا، فانهدم جدارها، فأعاده المؤْجر؛ فصرَّح القاضي وابن عقيل بأنَّ هذا المجدَّد لم يقع عليه العقد، وفرَّعا عليه أنَّه لا يجبر على التَّجديد.

وكذا ذكر صاحب «التَّلخيص»، مع قوله: (إن جدَّد؛ فلا خيار له).

وحكى وجهًا بإجباره على التَّجديد، كما يجبر على التَّرميم.

ويتوجَّه التَّفريق بين أن يعاد بآلتها العتيقة أو غيرها؛ كما في الَّتي قبلها.

ومنها: مسألة الجدار المشترك إذا انهدم وأعاده أحد الشَّريكين؛ فهل يعود حقُّ شريكه فيه؟ إن أعاده بآلة جديدة؛لم يَعُد، وإن كان بآلته العتيقة؛ فوجهان سبق ذكرهما.

ومنها: لو وصَّى له بدار، فانهدمت فأعادها؛ فالمشهور: بطلان الوصيَّة بزوال الاسم، ولا تعود بعود البناء؛ لأنَّه غير الأوَّل.

ويتوجَّه: عودها إن أعادها بآلتها القديمة.

وفيه وجه آخر: لا تبطل الوصيَّة بكلِّ حال، ولو لم يُعِد بناءها.

وعلى هذا؛ فهل يستحق أنقاضها الموجودة حال الوصيَّة؟ على وجهين، يرجعان إلى أنَّ الاعتبار هل هو بحال الوصيَّة أو بحال الموت؟

وهل يستحقُّ البناء المتجدِّد فيها؟ على الوجهين أيضًا.

ومنها: إذا انهدمت الكنيسة الَّتي تقرُّ في دار الإسلام؛ فهل يمكَّنون من إعادتها؟ على روايتين معروفتين، بناءً على أنَّ الإعادة هل هي استدامة أو إنشاء؟

ولو فُتح بلد عَنوةً، وفيه كنيسة منهدمة تقرُّ؛ فهل يجوز بناؤها؟ فيه طريقان:

أحدهما: المنع منه[1] مطلقًا.

والثَّاني: بناؤه على الخلاف في بناء المنهدمة.

---

(١) في (أ): فيه. وهو سقط من (ج).

قاعدة [١٤٣]

يقوم البدل مقام المبدل، ويسدُّ مسدَّه، ويبنى حكمه على حكمه في مواضع كثيرة، قد سبق ذكر بعضها.

ومنها: إذا مسح على الخفِّ، ثمَّ خلعه؛ فإنَّه يجزئه غسل قدميه على إحدى الرِّوايتين، ولو فاتت الموالاة؛ لأنَّ المسح كمَّل الوضوء وأتمَّه، وقام مقام غسل الرِّجلين إلى حين الخلع، فإذا وجد الخلع وتعقَّبه غسل القدمين؛ فالوضوء كالمتواصل.

وعلى هذا: لو وجد ماءً يكفي بعض أعضاء الحدث الأصغر، فاستعمله فيها، ثمَّ تيمَّم للباقي، ثمَّ وجد الماء بعد فوات الموالاة؛ لم يلزمه إلَّا غسل باقي الأعضاء، وهو ظاهر ما ذكره الشَّيخ مجد الدِّين في «شرح الهداية»، لكنَّه بناه على سقوط الموالاة بالعذر.

ومنها: إذا افترق المتصارفان، ثمَّ وجد أحدهما بما قبضه عيبًا[١]، وأراد الرَّدَّ، وأخذ بدله في مجلس الرَّدِّ؛ فهل ينتقض الصَّرف بذلك أم

[١] كتب على هامش (ن): (أي: من جنس ما قبضه، أمَّا لو كان من غير جنسه كالصفر في الذَّهب؛ بطل الصَّرف على المذهب، وعنه: بل يبطل في قدر العيب خاصَّة، قلت: وهو أظهر بناء على تفريق الصَّفقة).

لا؟ على روايتين[١].

ومنها: إذا حضر الجمعة أربعون من أهل وجوبها، ثمَّ تبدَّلوا في أثناء الخطبة، أو الصَّلاة بمثلهم؛ انعقدت الجمعة، وتمَّت بهم.

ومنها: لو أبدل نصابًا من أموال الزَّكاة بنصاب من جنسه؛ بنى على حول الأوَّل على المذهب.

ولو أبدله بغير جنسه؛ استأنف، إلَّا في إبدال أحد النَّقدين بالآخر؛ فإنَّ فيه روايتين[٢].

وخرَّج أبو الخطَّاب في «انتصاره»: روايةً بالبناء في الإبدال من غير الجنس مطلقًا.

ومنها: لو أبدل مصحفًا بمثله؛ جاز، نصَّ عليه(١)، بخلاف ما لو باعه بثمن.

وذكر أبو بكر في المبادلة: هل هي بيع أم لا؟ روايتين، وأنكر القاضي ذلك، وقال: (هي بيع بغير خلاف، وإنَّما أجاز أحمد إبدال المصحف بمثله؛ لأنَّه لا يدلُّ على الرَّغبة عنه، ولا على(٢) الاستبدال به

---

[١] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: لا ينتقض الصَّرف إذا كان العيب من الجنس).

[٢] كتب على هامش (ن): (أصحُّهما: يبنى على حول الأوَّل).

---

(١) جاء في الروايتين والوجهين (٣/ ١٤٣): (نقل الأثرم أن أحمد سئل عن المصحف يدرس، فيعاوض به مصحف، فقال: المعاوضة أسهل).

(٢) في (أ): عن.

بعوض(١) دنيويٍّ، بخلاف أخذ ثمنه).

ومنها: لو أبدل جلود الأضاحيّ بما ينتفع به في البيت من آلاته؛ جاز، نصَّ عليه[١]؛ لأنَّ ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه في متاع البيت.

ومنها: إبدال الهدي والأضاحيّ بخير منها، وهو جائز، نصَّ عليه(٢).

وكذلك إبدال الوقف إذا خرب، والمسجد إذا باد أهله.

وفي إبدال الوقف مع عمارته بخير منه؛ روايتان.

ومنها: لو مات ربُّ المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان، وأراد الوارث تقريره، وأذن له في التَّصرُّف؛ جاز.

وهل هو ابتداء عقد أو استدامة؟ على وجهين ذكرهما في «التَّلخيص» وغيره، وأشار إليهما القاضي وابن عقيل.

فإن كان المال عرضًا، وقلنا: يصحُّ القراض على العرض، فلا كلام.

وإن قلنا: لا يصحُّ؛ فخرَّجها القاضي على وجهين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (وظاهر إطلاق الأصحاب: أنَّ المذهب عدم جواز ذلك).

---

(١) في (ب) و(ج) و(و): بعرض. وفي (ن): بغرض.
(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٨/٤٠٢٨): (قلت: تستبدل الضحية؟ قال: نعم بخير منها).

قال في «التَّلخيص»: إن قلنا: هو ابتداء؛ فلا يصحُّ، وإن قلنا: تقرير؛ جاز؛ لأنَّه عرض هو اشتراه، وجنس رأس المال قد تعين من قبل؛ فيرجع إليه، بخلاف الابتداء.

وأمَّا إذا مات العامل، وأراد المالك تقرير وارثه، وكان المال عرضًا؛ فهو كالابتداء وجهًا واحدًا، قاله القاضي والأكثرون.

وفرَّقوا بين موت ربِّ المال وموت العامل؛ بأنَّ ربَّ المال ترك للوارث أصلًا يبني عليه وهو المال؛ فلذلك صحَّ بناء العقد عليه، بخلاف العامل؛ فإنَّه لم يكن منه سوى العمل، وقد زال بموته؛ فلم يخلِّف لوارثه أصلًا يبني عليه.

ومنها: لو كاتبه على عرض فأدَّاه، فبان معيبًا فردَّه؛ فهل يستحقُّ بدله[١] ولا يرتفع العتق، أم يرتفع العتق بردِّه؟ على وجهين.

وبناه بعضهم: على أنَّ الملك هل حصل بالقبض، أم يقف على الرِّضى؟

ومنها: لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه؛ فهل يعتق المكاتب؟ على وجهين[٢].

ومنها: أنَّ العوض هل يقوم مقام المعوَّض في البرِّ والحنث أم لا؟ على وجهين[٣].

---

[١] كتب على هامش (ن): (جزم في «المحرَّر» بأنَّ له عوضه أو أرشه، وأنَّه لا يزول العتق، ولم يحك خلافًا).

[٢] كتب على هامش (ن): (أظهرهما: أنَّه يعتق).

[٣] كتب على هامش (ن): (قدَّم في «المحرَّر» عدم الحنث).

قاعدة [١٤٤]

فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق.

وهي نوعان: حقٌّ له، وحقٌّ عليه.

فأمَّا النَّوع الأوَّل؛ فما كان من حقوقه يجب بموته؛ كالدِّية والقصاص في النَّفس؛ فلا ريب في أنَّ لهم استيفاءه، وسواء قلنا: إنَّه ثابت لهم ابتداءً، أو منتقل إليهم عن مورِّثهم، ولا تؤثِّر مطالبة المقتول بذلك شيئًا على المعروف من المذهب.

ومال الشَّيخ تقيُّ الدين: إلى أنَّ مطالبته بالقصاص توجب تحتُّمه؛ فلا يتمكَّنون[١] بعدها من العفو[٢].

وما كان واجبًا له في حياته؛ إن كان قد طالب به أو هو في يده؛ ثبت لهم إرثه.

فمنه: الشُّفعة إذا طالب بها، نصَّ عليه أحمد في أكثر الرِّوايات[٣].

---

(١) في (ب): يمكنون.

(٢) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٤١٩).

(٣) نص عليه في مسائل أبي داود (ص ٢٧٦)، وفي مسائل الحسن بن ثواب كما في طبقات الحنابلة (١/ ١٣٩).

وتوقَّف في رواية ابن القاسم، وقال: هو موضع نظر.

ومنه: حدُّ القذف، ونصَّ عليه أيضًا[١]، ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الإرث عند القاضي.

وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطِّه: إنَّما يُستوفى للميِّت بمطالبته به ولا ينتقل.

وكذا الشُّفعة، فإنَّ ملك الوارث وإن كان طارئًا على البيع، إلَّا أنَّه مبنيٌّ على ملك موروثه.

ومنه: خيار الشَّرط، ونصَّ عليه أيضًا[٢].

ومنه: الدَّم، نصَّ عليه في رواية محمَّد بن موسى، والمراد به ما دون النَّفس إذا وجب له في حياته، ثمَّ مات من غير سرايته بعد طلبه.

ومنه: خيار الرُّجوع في الهبة إذا طالب به، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنه: الأرض الخراجيَّة الَّتي بيده؛ لأنَّ هذا حقٌّ قد أخذ به وحازه، وكذلك الموات المتحجِّر، وحقوق الاختصاصات الَّتي تحت يده كلِّها.

ومنه: حصَّة المضارَب من الرِّبح إذا قلنا: لا تملك بالظُّهور؛ فإنَّ اشتراطه لها في العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللَّفظ، وهذا بخلاف الغانم - إن سلَّمنا على قولنا: لا يملك حصَّته بدون التَّملُّك -؛ فإنَّه لم يجاهد للغنيمة، وإنَّما جاهد لإعلاء كلمة الله تعالى، والغنيمة تابعة.

---

(١) ينظر: المحرر (١/ ٢٧٦).

(٢) ينظر: المحرر (١/ ٢٧٦).

وأمَّا إن لم يكن طالب به؛ فهو ضربان:

أحدهما[١]: حقوق التَّملُّكات، والحقوق الَّتي ليست ماليَّة؛ كالقصاص وحدِّ القذف؛ ففيه قولان في المذهب، أشهرهما: أنَّه لا يورَّث.

ويندرج تحت[٢] ذلك صور:

منها: الشُّفعة؛ فلا تورَّث بدون مطالبته على المذهب، وله مأخذان أشار إليهما أحمد:

أحدهما: أنَّه حقٌّ له؛ فلا يثبت بدون مطالبته به، ولو علمت رغبته من غير مطالبة؛ لكفى في الإرث، ذكره القاضي في «خلافه».

والثَّاني: أنَّ حقه فيها سقط بتركه وإعراضه، لا سيَّما على قولنا: إنَّها على الفور.

فعلى هذا لو كان غائبًا؛ فلهم المطالبة، وليس لهم ذلك على الأوَّل.

ونقل عنه أبو الحارث: إذا مات صاحب الشُّفعة؛ فلولده أن يطلبوا الشُّفعة، تورث.

وظاهر هذا: أنَّ لهم المطالبة بها بكلِّ حال؛ فإنَّه صرَّح بنفي إرثها في رواية مهنَّى وغيره؛ فقد وقع التَّردُّد في كلامه في ثبوت الإرث فيها.

---

(١) في (ب): أحدها.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): في.

ومنها: حقُّ الفسخ بخيار الشَّرط؛ فلا يورث بغير مطالبة، نصَّ عليه أيضًا(١).

وخرَّج أبو الخطَّاب وغيره وجهًا آخر: بإرثه مطلقًا[١].

ومنها: الفسخ الثَّابت بالرُّجوع في الهبة؛ فلا يثبت بدون المطالبة أيضًا، صرَّح به القاضي.

وظاهر كلام أبي الخطَّاب تخريج الخلاف فيه.

وعن أحمد في الهبة المخصَّص بها بعض الولد: إذا مات الواهب قبل التَّعديل والرُّجوع؛ هل للورثة الرُّجوع أم لا؟ روايتان.

مأخذهما: أنَّ رجوع الوالد في هذه الهبة؛ هل هو من باب الرُّجوع في الهبة الثَّابت للوالد دون غيره، فلا يقوم غيره فيه مقامه، أو هو ثابت لاستدراك الظُّلم والجور؟

وعلى هذا؛ فهل هو مأمور به لحقِّ نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتَّعديل، فإذا لم يفعله سقط، أو هو مأمور به لحقِّ بقيَّة الأولاد المظلومين، فيثبت لهم الرَّدُّ إذا تعذَّر الرَّدُّ من جهته؟

---

[١] كتب على هامش (ن): (وخيار الرُّجوع في عينٍ بيعت على من حُكم بفلسه تورث أيضًا على الأصح، وإذا مات وله مال بشاهد واحد؛ فلوارثه أن يحلف مع الشَّاهد ويستحقُّ المال كما كان المورِّث يحلف معه، ذكرها الخرقيُّ في الأقضية).

---

(١) ينظر: المحرر (١/ ٢٧٦).

ومنها: حدُّ القذف؛ فلا يورث بدون المطالبة أيضًا، نصَّ عليه[(١)].

وخرَّج أبو الخطَّاب فيه وجهًا: بالإرث مطلقًا.

ومنها: القصاص فيما دون النَّفس، وظاهر كلام أحمد كما قدَّمنا: أنَّه يسقط بدون الطَّلب.

وظاهر كلام القاضي والأكثرين: أنَّه يستوفى؛ وعلَّلوا: بأنَّه يسقط إلى مال؛ فهو كخيار الرَّدِّ بالعيب.

ومنها: خيار قبول الوصيَّة، والمنصوص عن أحمد: أنَّ الوصيَّة تبطل بموت الموصى له قبل وصولها إليه، كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره[(٢)]، وهو اختيار القاضي والأكثرين إذا مات قبل القبول.

وقال الخرقيُّ: يثبت الخيار بين القبول والرَّدِّ لورثة الموصى له؛ لأنَّ الوصيَّة لزمت بموت الموصي[(٣)]؛ فهي كالمملوكة.

ونقل صالح عن أبيه: إذا أوصَى[(٤)] لقرابته أو أهل بيته، ثمَّ مات

---

(١) ينظر: المحرر (١/ ٢٧٦).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٤٢٧٧): (قلت: رجل وهب لرجل هبة، أو أوصى له بوصية وهو غائب، فمات الموصى له قبل الذي أوصى؟ قال أحمد ﵁: إذا كانت مع رسول المتصدق عليه أو الموهوب له؛ فهي له، وإذا كان بعث بها هذا فلم يصل إلى ذاك حتى مات؛ فهي للموصي، وإذا مات الموصي قبل أن يبلغ إلى الموصى له فهو لورثة الموصي، ولا يرجع إلى الموصي إذا كانت مع رسول الموصى له. قال أحمد ﵁: الهبة والوصية واحدة). وينظر: مسائل عبدالله (ص ٣٨٩).

(٣) في (أ): الموصي له.

(٤) في (ب) وباقي النسخ: وصى.

بعضهم بعد الميِّت وقبل القسمة؛ قد وجبت الوصيَّة لكلٍّ من أوصى له إذا كان حيًّا يوم أوصى له.(١)

قال الشَّيخ مجد الدِّين: (وهذا نصٌّ بما قاله الخرقيُّ).

وليس بنصٍّ فيه؛ لاحتمال أن يكون أثبت ملكها بمجرَّد الموت من غير قبول، أو بالقبول؛ فليس في النَّصِّ ما ينفيه صريحًا، ورواية ابن منصور بالبطلان لم يتعرَّض فيها للقبول، بل للقبض.

الضَّرب الثَّاني: حقوق أملاك ثابتة متعلِّقة بالأموال الموروثة، فتنتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلِّقة بها بدون المطالبة، بخلاف الضَّرب الأوَّل، فإنَّ الحقوق فيه من حقوق المالكين، لا من حقوق الأملاك، ولهذا لا تجب الشُّفعة عندنا لكافر على مسلم؛ لأنَّه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم.

ومن صور ذلك: الرَّهن، فإذا مات وله دين برهن؛ انتقل برهنه إلى الورثة.

ومنها: الكفيل، وهو كالرَّهن؛ لأنَّه توثقة؛ فهو كالشَّهادة.

وعلَّله القاضي: بأنَّه يستوفى منه المال؛ فهو كالرَّهن؛ فالضَّابط عنده: أنَّ ما فيه مال؛ ينتقل إلى الورثة، وما لا فلا.

ومنها: الضَّمان، فإذا مات وله دين به ضامن؛ انتقل إلى الورثة مضمونًا، بخلاف ما إذا أحال به ربُّ الدَّين في حياته[١]؛ فإنَّه ينفسخ

---

[١] كتب على هامش (ن): (أو أحيل به، أو زال العقد، كما في «الفروع»).

---

(١) ينظر: مسائل صالح (٢/ ٢٧٧).

الضَّمان بالحوالة، نصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى[١]؛ لأنَّ الأجنبيَّ ليس بخليفةٍ لربِّ الدَّين؛ فلا ينتقل إليه بحقوقه، بخلاف الوارث[٢].

ومنها: الأجل؛ فلا يحلُّ الدَّين المؤجَّل إذا وثَّقه الورثة برهن أو كفيل في أشهر الرِّوايتين.

ومنها: الرَّدُّ بالعيب، وقد تردَّد القاضي في «خلافه»: هل هو ثابت للورثة ابتداءً، أو بطريق الإرث؟ والمشهور: أنَّه إرث؛ لأنَّ الرَّدَّ إنَّما يثبت لمن كان العقد له، والخيار الثَّابت بفوات الصِّفة المشترطة في العقد مثله، ذكره القاضي أيضًا معلِّلًا: بأنَّه يستحقُّ به الأرش.

وذكر القاضي في كتاب «التَّخريج»: أنَّه(١) من باع سلعةً إلى أجل،

---

[١] كتب على هامش (ن): (وفي «الرِّعاية» احتمال وجهين).

[٢] كتب على هامش (ن): (فأمَّا لو أقرَّ ربُّ الدَّين بالدَّين لغيره؛ فالظَّاهر أنَّه كالحوالة له به، ولا أعلم فيها نقلًا، ولكنَّ الضَّمان كان حقًّا للمقرِّ بسبب الدَّين الَّذي له، فلمَّا زال استحقاقه له لا إلى من هو خليفة له أشبه انتقاله إلى المحال به، ويحتمل أنَّه كالوارث؛ كأحد الوجهين فيمن ادَّعى حوالة مال على غريم فصدَّقه، أنَّه يلزمه الدَّفع إليه، كما لو ادَّعى أنَّه وارثه فصدَّقه، ولو أحيل على دين به ضامن أو رهن؛ فهل يبطل الضَّمان والرَّهن، أو ينتقل إلى المحتال بهما؟ الظاهر الأول؛ لأنَّ الحوالة بالدَّين كاستيفائه ممَّن هو في جهته، واستيفاؤه منه يبطل به الضَّمان والرَّهن، فكذلك الحوالة عليه).

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): أنَّ.

ثمَّ مات المشتري، فاشتراها البائع من وارثه بأقلَّ من الثَّمن؛ لم يجز؛ لأنَّ الوارث يملكها على حكم ملك الميِّت، بدليل أنَّه يردُّها على بائعها بالعيب؛ فصار الشِّراء منه كالشِّراء من الموروث.

وهذا غريب، وهو يشبه الوجه الَّذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول الموروث في الزَّكاة.

النَّوع الثَّاني: الحقوق الَّتي على الموروث:

فإن كانت لازمةً؛ قام الوارث مقامه في إيفائها.

وإن كانت جائزةً، فإن بطلت بالموت؛ فلا كلام.

وإن لم تبطل؛ فالوارث قائم مقامه في إمضائها وردِّها.

ويخرَّج على ذلك مسائل:

منها: إذا مات وعليه ديون، أو وصَّى بوصايا؛ فللورثة تنفيذها إذا لم يعيِّن وصيًّا[١].

ومنها: إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته؛ كالحجِّ والمنذورات؛ فإن الورثة يفعلونها عنه، ويجب عليهم ذلك إن كان له مال، وإلَّا فلا.

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومنها: إذا كان له جارية لا زوج لها، ولها ابن، فأقرَّ في مرض موته أنَّه كان استولدها ذلك الابن، ثمَّ مات ولم يبيِّن كيفيَّة استيلادها إيَّاه، هل كان في ملكه أو تزوَّجته أو بشبهة في ملك غيره؟ وله وارث يحوز تركته، قام مقامه في كيفيَّة استيلادها، فإن لم يعرف الوارث ذلك أو لم يكن له وارث؛ فهل يحكم بأنَّها أم ولده تعتق بموته؟ على وجهين، ذكر ذلك في «المستوعب» في باب من يصحُّ إقراره).

ولو فعلها عنه أجنبيٌّ بدون إذنهم؛ ففي الإجزاء وجهان.

وكذلك الكفَّارات الواجبة بالمال، قال في «المغني»: إن أعتق فيها الأجنبيُّ؛ لم يصحَّ، وإن أعتق الوارث؛ صحَّ؛ لأنَّه قائم مقام الموروث في ماله وأداء واجباته.

وفي «البلغة»: إن كان له مال؛ صحَّ عتقه عنه، وإن لم يكن له(١) مال؛ لم يصحَّ عتقه عنه[١]، وصحَّ إطعامه عنه، وأمَّا الأجنبيُّ؛ فلا يصحُّ عتقه عنه، وفي صحَّة إطعامه عنه وجهان.

ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها؛ فالوارث يقوم مقامه في الذَّبح.

تنبيه:

كثير من الأصحاب يطلق ذكر الوارث هنا.

وقال ابن عقيل وغيره: الأقرب فالأقرب، وكذلك قال الخرقيُّ: هو الوارث من العصبة.

فأمَّا الوارث للشُّفعة؛ فيدخل فيه العصبات، وذوو الفروض، والرَّحم.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قد يقال في توجيهه؛ لأنَّ العتق لم يلزمه، ولا ورد العتق عن المعسر في كفَّارته، بخلاف الإطعام فإنَّ النَّبيَّ ﷺ قد أعطى الَّذي أفسد صومه ما يطعم عن نفسه).

---

(١) قوله: (له) سقط من (أ).

وأمَّا الوارث لحدِّ(١) القذف؛ فكذلك على المنصوص.

وقيل: يختصُّ بالعصبة.

وقيل: من عدا الزَّوجين من الورثة.

ومنها: إذا مات الرَّاهن قبل إقباض الرَّهن الَّذي لا يلزم بدون قبض؛ فوارثه قائم مقامه في اختيار التَّقبيض والامتناع، ذكره القاضي والأصحاب(٢)، وقالوا: هو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب؛ لأنَّه عقد يؤول إلى اللُّزوم؛ فلا يبطل بالموت؛ كالمبيع في مدَّة الخيار[١]، بخلاف الشركة والمضاربة، مع أنَّ في المضاربة خلافًا سبق.

ومنها: إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقوم وارثه مقامه في ذلك؛ كالرَّهن، قاله أبو الخطَّاب.

والثَّاني: يبطل، وهو المنصوص في رواية ابن منصور(٣)، واختيار ابن أبي موسى، وقاله القاضي وابن عقيل في الهبة في الصِّحَّة، وأمَّا

[١] كتب على هامش (ن): (الهبة عقد يؤول إلى اللُّزوم، وسيأتي ما فيها من الخلاف، وقد يفرَّق: بأنَّ الهبة عقد ينقل الملك، أشبه البيع في مدَّة الخيار، وفيه نظر؛ لأنَّ المنصوص في الهبة البطلان، بخلاف البيع في مدَّة الخيار).

(١) في (أ): بحدِّ.

(٢) قوله: (القاضي والأصحاب) هو في (ب) وباقي النسخ: الأصحاب.

(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٢٧٧).

الهبة في المرض إذا مات قبل إقباضها؛ فجعلا الورثة فيها بالخيار؛ لشبهها بالوصيَّة.

قاعدة [١٤٥]

المعتدَّة البائن في حكم الزَّوجات في مسائل.

منها: أنَّ المبتوتة في مرض الموت ترث في العدَّة دون ما بعدها على إحدى الرِّوايتين؛ لأنَّ الطَّلاق مانع من الإرث، فلمَّا قصد به(١) الفرار من الحقِّ المنعقد سببه؛ ضعف منعه، فلم يعمل في المنع ما دامت عُلَق الزَّوجيَّة باقية.

ومنها: تحريم نكاح الأخت في عدَّة أختها البائن، والخامسة في عدَّة الرَّابعة؛ تنزيلًا لحالة العدَّة منزلة حالة النِّكاح.

ومنها: أنَّ العدَّتين من رجلين(٢) لا يتداخلان، فإذا وُطئت البائن بشبهة في عدَّتها؛ أتمَّت عدَّة الأوَّل، واستأنفت العدَّة للثَّاني على المذهب؛ فلا تكون محبوسة على رجلين في عدَّة واحدة، كما لا تحبس عليهما في نكاح واحد.

وإن كان الواطئ بشبهة هو الزَّوج؛ تداخلت العدَّتان[١]؛ لأنَّهما من

---

[١] كتب على هامش (ن): (معنى: «تداخلهما معًا» أنَّها تستأنف عدَّة للوطئ الطَّارئ، وتدخل فيها بقيَّة العدَّة الأولى).

---

(١) قوله: (به) سقط من (أ).

(٢) في (ب) و(ج): رجل.

رجل واحد[١]، إلَّا أن تحمل من أحد الوطأين؛ ففي التَّداخل وجهان؛ لكون العدَّتين من جنسين.

وذكر أبو بكر فيما إذا وُطئت زوجة الطِّفل، ثمَّ مات عنها، ثمَّ وضعت قبل تمام عدَّة الوفاة: أنَّها لا تحلُّ حتَّى تكمل عدَّة الوفاة.

قال الشَّيخ مجد الدِّين: وظاهر هذا تداخل العدَّتين[٢].

ومنها: لو طلَّق المدخول بها طلاقًا بائنًا، ثمَّ نكحها في العدَّة، ثمَّ طلَّقها قبل الدُّخول؛ ففيها طريقان:

أحدهما: أنَّها على الرِّوايتين في الرَّجعيَّة إذا روجعت، ثمَّ طلِّقت في العدَّة قبل الإصابة؛ هل تبني، أو تستأنف؟ وهو المذكور في «المجرَّد»، و«الفصول»، و «المحرَّر».

والثَّاني: تبني هنا روايةً واحدةً، وهو ما في تعليق القاضي، و«عمد الأدلَّة»؛ لانقطاع النِّكاح الثَّاني عن الأوَّل بالبينونة، بخلاف الرَّجعة.

ومنها: لو مات مسلم وزوجته ذمِّيَّة، فأسلمت في العدَّة قبل قسمة

---

[١] كتب على هامش (ن): (أمَّا لو وطئها زوجها بزنًى؛ فلا تداخل، بل تتم الأولى، وتستأنف الثَّانية).

[٢] كتب على هامش (ن): (إذ لولا تداخلهما؛ لقال: حتَّى تستأنف عدَّة الوفاة، فلمَّا قال: حتَّى تكمل عدَّة الوفاة؛ دلَّ على أنَّ ما مضى في مدَّة الحمل بعد الوفاة محسوب من عدَّتها فتكمِّله، وإنَّما قال: وظاهر هذا، ولم يجزم به؛ لأنَّه يحتمل أن يريد حتَّى تستأنف عدَّة الوفاة بعد الوضع، وتكملها، فلمَّا كان هذا محتملًا في كلامه، وكان الظَّاهر خلافه قال: وظاهر هذا تداخل العدَّتين، وهو كما قال).

ميراثه؛ فنصَّ أحمد في رواية البرزاطيِّ: على أنَّها ترث ما لم تنقض عدَّتها.

وعلى هذا، فلو أسلمت المرأة أوَّلًا، ثمَّ ماتت في مدَّة(١) العدَّة؛ لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة؛ لانقطاع عُلَق الزَّوجيَّة عنه بموتها[١].

وحكى القاضي عن أبي بكر: أنَّ الزَّوجين لا يتوارثان بالإسلام قبل القسمة بحال، قال: وظاهر كلام الأصحاب خلافه، وأنَّه لا فرق في ذلك بين الزَّوجين وغيرهما؛ كما يرث الزَّوجان من الدِّية، سواء قيل بحدوثها على ملكهم، أو على ملك الموروث، ولم يذكر القاضي المنصوص عن أحمد.

أمَّا نفقة البائن، فإن كانت بفسخ أو طلاق؛ فلها النَّفقة والسُّكنى مع الحمل، وإلَّا فلا، هذا ظاهر المذهب؛ لأنَّ النَّفقة في مقابلة التَّمكُّن من الاستمتاع، ولهذا لم تجب قبل التَّسليم ولا مع النُّشوز.

وعنه: لها السُّكنى خاصَّة إذا لم تكن حاملًا.

وعنه: لها النَّفقة والسُّكنى، حكاها ابن الزَّاغونيِّ وغيره.(٢)

---

[١] كتب على هامش (ن): (عُلَق الزَّوجيَّة هنا هي العدَّة، وقد انقطعت بموت المرأة).

---

(١) قوله: (مدَّة) سقط من (ب) و(ج) و(ن).

(٢) زاد في (ج): (وقيل: هي كالزَّوجة، يجوز لها الخروج والتَّحوُّل بإذن الزوج مطلقًا). وهذه العبارة خطأ، فهي مرتبطة بآخر فرع من فروع القاعدة الآتية.

قاعدة [١٤٦]

تفارق المطلَّقة الرَّجعيَّة الزَّوجات في صور:

منها: أنَّ في إباحتها في مدَّة(١) العدَّة روايتين[١]، وعلى رواية التَّحريم؛ فهل يجب لها المهر بالوطء؟ على وجهين.

ومنها: أنَّ طلاقها في مدَّة العدَّة طلاق بدعة على أصحِّ الرِّوايتين.

ومنها: أنَّ الإيلاء منها هل يصحُّ؟ على روايتين(٢).

ومنها: هل يصحُّ اختيارها لزوجها إذا عتقت تحت عبد؟ على وجهين.

ومنها: لو نكحت المطلَّقة ثلاثًا زوجًا آخر، فخلا بها، ثمَّ طلَّقها - وقلنا: يجب عليها العدَّة بالخلوة وثبتت الرَّجعة، وهو ظاهر(٣) المذهب -، ثمَّ وطئها في مدَّة العدَّة؛ فهل يحلُّها لزوجها الأوَّل؟ على وجهين حكاهما صاحب «التَّرغيب».

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: هل هي محرَّمة بمعنى أنَّ الطَّلاق الرَّجعيَّ قطع النِّكاح أم مباحة؟).

---

(١) قوله: (مدَّة) سقط من (أ).
(٢) هذه الفرع في (ب) بعد قوله: (على وجهين) في الفرع التالي.
(٣) قوله: (ظاهر) سقط من (ب).

ومنها: إذا عَلِقَت الرَّجعيَّة في مدَّة العدَّة بولد؛ فهل يلحق بمطلِّقها أم لا؟ على روايتين.

ومنها: أنَّ المعتدَّة من أجنبيٍّ من طفلها؛ هل تعود إلى حضانته(١) في مدَّة الرَّجعة، أم لا تعود حتَّى تنقضي عدَّتها؟ على وجهين.

ومنها: لو مات زوج الرَّجعيَّة؛ فهل تنتقل إلى عدَّة الوفاة، أو تعتدُّ بأطولهما؟ على روايتين.

ومنها: أنَّ الرَّجعيَّة يجب عليها لزوم منزلها لحقِّ الله ﷻ؛ كالمتوفَّى عنها، نصَّ عليه أحمد في رواية أبي داود(٢)، وذكره القاضي في «خلافه» وصاحب «المحرَّر».

وقيل: هي كالزَّوجة، يجوز لها الخروج والتَّحوُّل بإذن الزَّوج مطلقًا[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (ومن فروع هذه القاعدة مسألة؛ ولم أجدها منقولة، وهي أنَّ المسافر إذا مرَّ ببلد له به زوجة رجعيَّة؛ فهل يُتِم كما لو لم تكن مطلَّقة، أو يقصر كما لو لم تكن له زوجة به؟ يحتمل أيضًا وجهين).

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): حضانتها. وزاد في (ب) و(ج): منه.
(٢) ينظر: مسائل أبي داود (ص ٢٥٢).

قاعدة [١٤٧]

أحكام النِّساء على النِّصف من أحكام الرِّجال، في مواضع.

منها: الميراث.

ومنها: الدِّية.

ومنها: العقيقة؛ عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة.

ومنها: الشَّهادة.

ومنها: العتق؛ فيعدل عتق امرأتين بعتق رجل في الفكاك من النَّار؛ كما دلَّ عليه الحديث[1].

وحكى ابن أبي موسى في المسألة روايتين:

إحداهما: كذلك.

---

(١) في (أ): دلَّت عليه الأحاديث.
والحديث أخرجه أحمد (١٨٠٦١)، وأبو داود (٣٩٦٧)، والترمذي (١٥٤٧)، وابن ماجه (٢٥٢٢)، من طريق شرحبيل بن السِّمط، عن كعب بن مرة أو مرة بن كعب مرفوعًا: «من أعتق امرأً مسلمًا؛ كان فِكاكه من النار، يجزئ كل عظم منه بكل عظم منه، ومن أعتق امرأتين مسلمتين، كانتا فِكاكه من النار، يجزئ بكل عظمين منهما عظمٌ منه»، قال الترمذي: (هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه)، وصححه الألباني.

والثَّانية - وجعلها المذهب -: أنَّ عتق العبد والأمة [١] في ذلك سواء.

ومنها: عطيَّة الأولاد في الحياة، فإنَّ المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث، خلافًا لابن عقيل.

ومنها: الصَّلاة، فإنَّ المرأة تسقط عنها الصَّلاة أيَّام الحيض، وأكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يومًا، وهو نصف الشَّهر.

(١) في (أ): الأمة والعبد.

قاعدة [١٤٨]

من أدلى بوارث، وقام مقامه في استحقاق إرثه؛ سقط به.

وإن أدلى به، ولم يرث ميراثه؛ لم يسقط به.

ويتخرَّج على ذلك مسألتان:

إحداهما: ولد الأمِّ يدلون بالأمِّ ويرثون معها؛ لأنَّهم يرثون بالأخوَّة، لا بالأمومة.

والثَّانية: الجدة أمُّ الأب ترث مع ابنها الأب على ظاهر المذهب؛ لأنَّها ترث ميراث جدَّة، لا ميراث جدٍّ.

قاعدة [١٤٩]

الحقُّ الثَّابت لمعيَّن يخالف الثَّابت لغير معيَّن في أحكام.

منها: من له وارث معيَّن؛ ليس له أن يوصي بأكثر من ثُلثه، ومن لا وارث له من ذي فرض ولا عصبة ولا رحم؛ هل له أن يوصي بماله كلِّه؟ على روايتين.

فمن الأصحاب من بناهما على هذه القاعدة.

ومنهم من بناهما على أنَّ بيت المال؛ هل هو عصبة وارث أم لا؟

ويتعلَّق بهذا: إذا أقرَّ الإمام بنسبِ مَن لا يُعلم له وارث معيَّن، قال القاضي وابن عقيل: يثبت نسبه؛ لأنَّ المال للمسلمين، والإمام نائبهم، وهذا كأنَّه تفريع على القول بتوريث بيت المال.

ويتوجَّه مثل ذلك في إجازة الإمام وصيَّة من وصى بكلِّ ماله، وقلنا: لا تجوز له الزِّيادة على الثُّلث.

وذكر الأصحاب: أنَّ من قُتل ولا وارث له؛ فللإمام العفو عن قاتله إلى الدِّية، وليس له العفو مجَّانًا؛ لأنَّه كتوريث القاتل.

وهل له أن يقتصَّ؟ على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما.[١]

---

(١) ينظر: القاعدة [١٠٦]، (٢/٣١٧).

ومنها: الأموال الَّتي يُجهل ربُّها؛ يجوز التَّصدُّق بها، بخلاف من[(١)] علم ربُّها، وقد سبق من ذلك صور عديدة.[(٢)]

ومنها: إذا مات من لا وارث له، وعليه دين مؤجَّل؛ فهل يحلُّ[(٣)]؟

قال القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وصاحب «المغني»: يحلُّ؛ لأنَّ الأجل يستحقُّه الوارث، وقد عدم هنا.

وذكر القاضي في «خلافه» احتمالين؛ لأنَّ له وارثًا، لكنَّه غير معيَّن.

وقد يتخرَّج على هذا: ما إذا مات المستأجر[(٤)] ولا وارث له؛ هل تنفسخ الإجارة أم لا؟

فإنَّ أحمد نصَّ فيمن اكترى بعيرًا ليحجَّ عليه، فمات في بعض الطَّريق، فإن عاد البعير خاليًا؛ فعليه بقدر ما وجب له[(٥)].

ووجَّهه صاحب «المغني» وغيره: بأنَّه تعذَّر انتفاعه في بقيَّة المدَّة، وليس له وارث يستوفي المنفعة؛ فانفسخت الإجارة بذلك.

وصرَّح الأصحاب: بأنَّ الإمام يأخذ بالشُّفعة إذا مات من لا وارث له بعد المطالبة بها.

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): ما.
(٢) ينظر: القاعدة [٩٧]، (٢/ ٢٧٠).
(٣) في (ب): وله دين؛ فهل يحل.
(٤) في (ب): المؤجر.
(٥) ذكر في معونة أولي النهى (٦/ ١٨٥) أنها من رواية حنبل عن الإمام أحمد.

وفي «عمد الأدلَّة» لابن عقيل: أنَّ حدَّ القذف كذلك في قياس المذهب.

ومنها: أنَّ المال المستحَقَّ لغير معيَّن؛ كالزَّكاة؛ لا يقف أداؤه على مطالبتهم، ولا على مطالبة وكيلهم وهو الإمام، ولهذا لا تسقط الزَّكاة عندنا بتلف النِّصاب قبل التَّمكُّن من الأداء، بخلاف المستحَقِّ لمعيَّن؛ فإنَّه لا يجب الأداء إليه بدون مطالبته.

قاعدة [١٥٠]

تعتبر الأسباب في عقود التَّمليكات كما تعتبر في الأيمان.

ويتخرَّج على هذا مسائل متعدِّدة:

منها: مسائل العينة.

ومنها: هديَّة المقترض قبل الوفاء؛ فإنَّه لا يجوز قبولها ممَّن لم تجر منه عادة.

ومنها: هديَّة المشركين لأمير الجيش؛ فإنَّه لا يختصُّ بها على المذهب، بل هي غنيمة أو فيء، على اختلاف الأصحاب.

ومنها: هدايا العمَّال، قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا الَّتي تُهدى للأمير فيعطى منها الرَّجل؛ قال: هذا هو[١] الغلول، ومنع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديَّته له قبل ولايته.

ومنها: هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك؛ فإنَّ سببها طلب استدامة النِّكاح، فإن طلَّقها؛ فلها الرُّجوع فيها، نصَّ عليه في رواية عبد الله[٢].

---

(١) قوله: (هو) سقط من (أ) وباقي النسخ.

(٢) ينظر: مسائل عبد الله (ص ٣٧٣).

ومنها: الهديَّة لمن شفع له شفاعة عند السُّلطان[١] ونحوه؛ فلا يجوز، ذكره القاضي، وأومأ إليه أحمد؛ لأنَّها كالأجرة، والشَّفاعة من المصالح العامَّة؛ فلا يجوز أخذ[٢] الأجرة عليها، وفيه حديث صريح في «السُّنن»[٣].

ونصَّ أحمد في رواية صالح فيمن عنده وديعة فأدَّاها، فأهديت له هديَّة: أنَّه لا يقبلها إلَّا بنيَّة المكافأة.

وحكم الهديَّة عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة.

ومنها: ما نصَّ عليه أحمد في رواية ابن ماهان فيمن اشترى لحمًا، ثمَّ استزاد البائع، فزاده، ثمَّ ردَّ اللَّحم بعيب؛ فالزِّيادة لصاحب اللَّحم؛ لأنَّها أخذت بسبب العقد؛ فجعلها تابعة للعقد في الرَّدِّ؛ لأنَّها مأخوذة بسببه؛ وإن كانت غير لاحقة به.

وتأوَّلها القاضي على أنَّها كانت[٤] مأخوذة في المجلس فلحقت بالعقد.

وخرَّج ابن عقيل منها رواية: بلحوق الزِّيادة بعد لزوم العقد، ولا حاجة إلى ذلك.

---

(١) في (ب) و(د) و(و): سلطان.

(٢) قوله: (أخذ) سقط من (أ).

(٣) أخرجه أحمد (٢٢٢٥١)، وأبو داود (٣٥٤١)، من حديث أبي أمامة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من شفع لأخيه بشفاعة، فأهدى له هدية عليها، فقبلها؛ فقد أتى بابًا عظيمًا من أبواب الربا».

(٤) في (أ) و(و): إن كانت.

ومنها: ما نقله الأثرم عن أحمد في المولى يتزوَّج العربيَّة: يفرَّق بينهما، وإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها؛ ترادُّوا، وإن أهدى هديَّة؛ يردُّونها عليه.

قال القاضي في «الجامع»: (لأنَّ شاهد الحال يدلُّ على أنَّه وهب لها بشرط بقاء العقد، فإذا زال ملك الرُّجوع بها؛ كالهبة بشرط الثَّواب) انتهى.

وهذا في الفرقة القهريَّة لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر، وكذلك الفرقة الاختياريَّة المسقطة للمهر.

فأمَّا الفسخ المقرِّر للمهر أو نصفه؛ فتثبت معه الهديَّة.

فأمَّا إن كانت العطيَّة لغير المتعاقدين بسبب العقد؛ كأجرة الدَّلَّال ونحوها؛ ففي «النَّظريات» لابن عقيل: (إن فُسِخ البيع بإقالة ونحوها ممَّا يقف على التَّراضي؛ فلا تردُّ الأجرة، وإن فسخ بخيار أو عيب؛ رُدَّت؛ لأنَّ البيع وقع متردِّدًا[1] بين اللُّزوم وعدمه) انتهى.

وقياسه في النِّكاح: أنَّه إن فسخ لفقد الكفاءة أو لعيب؛ رُدَّت، وإن فسخ لردَّة أو رضاع أو مخالعة؛ لم تردَّ.

---

(١) في (ب): مردودًا. وفي (ج): مردَّدًا.

قاعدة [١٥١]

دلالة الأحوال تختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها، ويترتَّب عليها الأحكام بمجرَّدها.

ويتخرَّج عليها[١] مسائل:

منها: كنايات الطَّلاق في حالة الغضب والخصومة؛ لا تقبل دعوى إرادة غير الطَّلاق بها.

ومنها: كنايات القذف، وحكمها كذلك على الصَّحيح، حتَّى إنَّ ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح.

ومنها: لو تلفَّظ الأسير بكلمة الكفر، ثمَّ ادَّعى أنَّه كان مكرهًا؛ فالقول قوله؛ لأنَّ الأسر دليل الإكراه والتَّقيَّة.

ومنها: لو أتى الكافر بالشَّهادتين على طريق الاستهزاء أو الحكاية، وقال: لم أرد الإسلام، مع دلالة الحال على صدقه؛ فهل يقبل منه؟ على روايتين حكاهما القاضي في روايتيه.

ويتخرَّج عليهما: لو أقرَّ بمال في هذه الحال، وأفتى جماعة بلزوم ما أقرَّ به.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): عليه.

ومنها: لو أقرَّ المحبوس أو المضروب عدوانًا، ثمَّ ادَّعى الإكراه؛ قُبل قوله، نصَّ عليه.

ولو أُحضر إلى السُّلطان[١] فأقرَّ، ثمَّ ادَّعى أنَّه دهش ولم يعقل ما أقرَّ به؛ لم يقبل، نصَّ عليه أيضًا.

ويتخرَّج قبوله إذا ظهرت منه أمارة ذلك من لجلجة في الكلام ورعدة ونحوها.

ومنها: لو دخل حربيٌّ إلينا ومعه سلاح، فادَّعى أنَّه جاء مستأمنًا؛ لم يقبل قوله، وإن لم يكن معه سلاح؛ قُبل، نصَّ عليه[٢].

وكذلك لو جاء بعض عسكرنا بحربيٍّ وادَّعى أنَّه أسره، وقال: بل أمَّنني؛ ففيه روايتان، وثالثة: أنَّ القول قول من يدلُّ الحال على صدقه؛ لضعفه أو قوَّته.

ومنها: لو جاء المكاتبُ سيِّدَه بتمام كتابته، فقبضها السَّيِّد، ثمَّ قال له: أنت حرٌّ، ثمَّ بان المال مستحَقًّا، وقال السَّيِّد: إنَّما أردت الإخبار بعتقه بالأداء، لم أرد تنجيز عتقه؛ فالقول قوله، ذكره القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل.

وقد نصَّ أحمد في رواية المروذيِّ في رجل قال لامرأته: إن خرجت؛ فأنت طالق. فاستعارت امرأة ثيابها، فلبستها، فأبصرها[٣]

---

(١) (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): سلطان.
(٢) ينظر مسائل أبي داود (ص ٢٣٤).
(٣) في (ب): فرآها.

زوجها حين خرجت من الباب؛ فقال: قد فعلت أنت طالق؛ قال: يقع طلاقه على امرأته.

فنصَّ على وقوع طلاقه على امرأته[١]، مع أنَّ الظَّاهر أنَّه أراد الإخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها، ولم يديِّنه في ذلك.

وأيضًا؛ فلو قيل: إنَّه قصد إنشاء الطَّلاق؛ فإنَّما أوقعه عليها لخروجها الَّذي منعها منه، ولم يكن موجودًا، وهذا يشهد لقول القاضي فيما إذا قال لزوجته: أنت طالق أن دخلت الدَّار- بفتح الهمزة -؛ أنَّها تطلق مطلقًا، سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل، خلافًا لما ذكره ابن أبي موسى: أنَّها لا تطلق إذا لم تكن دخلت من قبل؛ لأنَّه إنَّما طلَّقها لعلَّة؛ فلا يثبت الطَّلاق بدونها.

ولذلك أفتى ابن عقيل في «فنونه» فيمن قيل له: قد زنت زوجتك، فقال: هي طالق، ثمَّ تبيَّن أنَّها لم تكن زنت؛ أنَّها لا تطلق، وجعل السَّبب كالشَّرط اللَّفظيِّ، وهو قول عطاء بن أبي رباح[٢].

ومنها: لو سرق عينًا، وادَّعى أنَّها ملكه؛ ففي قطعه روايات، ثالثها: إن كان معروفًا بالسَّرقة؛ قطع، وإلَّا فلا، صحَّحها صاحب «التَّرغيب».

ومنها: لو دفع ثوبه إلى من يخيطه أو يقصِّره، أو ركب سفينته وهو

(١) قوله: (على امرأته) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ).

(٢) أخرج عبد الرزاق (١١٢٩٨)، عن ابن جريج، عن عطاء قال: سمعته يقول: «إن حلف رجل على امرأته لا تخرج، فخرجت امرأة أخرى، فقيل له: هذه امرأتك، فحسبها الأخرى، فطلقها ثلاثًا، فقال: ليس بشيء».

معروف بأخذ الأجرة على ذلك؛ استحقَّ الأجرة.

ومنها: الهبة الَّتي يراد بها الثَّواب بدلالة حال الواهب من غير شرط، نقل حنبل ما يدلُّ على وجوب إثابته، والمشهور خلافه[(١)].

ومنها: لو وُجد لقيط وبقربه مال ظاهر، أو مدفون دفنًا طريًّا؛ فإنَّه يحكم له به.

وكذلك ما يكون بالقرب من الإنسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه، ذكره ابن عقيل.

قال: (وكذلك رزمة الثِّياب وحزمة الحطب؛ يحكم بها للواقف بقربها؛ لأنَّ ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة؛ فكأنَّها على رأسه) انتهى.

وينبغي تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله.

ومنها: لو تنازع الزَّوجان في متاع البيت، فما صلح للرِّجال؛ فهو للرَّجل، وما صلح للنِّساء؛ فهو للمرأة.

وكذا لو اختلف صانعان في آلة دكَّان لهما، أو نازع ربُّ الدَّار خيَّاطًا فيها في إبرة أو مقصٍّ، أو تنازع المؤجر والمستأجر في رفٍّ مقلوع أو مصراع له شكل منصوب.

ومن هذا الباب: اللَّوث في القسامة، والقضاء بمعاقد القمط[(٢)] -

---

(١) من قوله: (ومنها: الهبة الَّتي يراد بها الثَّواب) إلى هنا سقط من (ب).

(٢) قال في لسان العرب (٧/ ٣٨٥): (القمط: ما تُشد به الأخصاص، ومنه: معاقد القمط. وفي حديث شريح: أنه اختصم إليه رجلان في خُصٍّ، فقضى بالخص للذي تليه القمط، وذلك أنه احتكم إليه رجلان في خص ادعياه معًا، وقُمُطه: شُرُطه التي =

وهو رواية حكاها ابن أبي موسى -، وإلحاق النَّسب بالقافة عند الاختلاف(١).

ومنها: لو ادَّعى دعوى يشهد الظَّاهر بكذبها، مثل أن ادَّعى على الخليفة أنَّه اشترى منه باقة بَقْل وحملها بيده؛ لم تُسمع دعواه بغير خلاف، ذكره القاضي في «خلافه»[١].

وإن أطلق الدَّعوى عليه؛ ففي سماعها قبل أن يتبيَّن أنَّ لها أصلًا روايتان؛ لاحتمال معاملته بوكيله.

ومنها: لو اختلف الزَّوجان في قدر المهر؛ فالقول قول من يدَّعي مهر المثل على إحدى الرِّوايتين[٢].

[١] كتب على هامش (ن): (أو ادَّعى الدنيُّ استئجار الأمير المعتبر لكنس داره).

[٢] كتب في هامش (ج): (المذهب: القول قول الزوج).

= يوثق بها ويشد بها، من ليف كانت أو من خوص، فقضى به للذي تليه المعاقد، دون من لا تليه معاقد القمط، ومعاقد القمط تلي صاحب الخص؛ الخُص: البيت الذي يعمل من القصب).

(١) قوله: (عند اختلاف) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).

قاعدة [١٥٢]

المحرَّمات في النِّكاح أربعة أنواع:

النَّوع الأوَّل: المحرَّمات بالنَّسب.

وضابط ذلك: أنَّه يحرم على الإنسان أصوله وفروعه، وفروع أصله الأدنى وإن سَفَلن، وفروع أصوله البعيدة دون بناتهنَّ.

فدخل في أصوله: أمُّه، وأمُّ أمِّه، وأمُّ أبيه، وإن علون.

ودخل في فروعه: بنته، وبنت بنته، وبنت ابنه، وإن نزلن.

ودخل في فروع أصله الأدنى: أخواته من الأبوين أو من أحدهما، وبناتهنَّ، وبنات الإخوة وأولادهم(١)، وإن سَفَلن.

ودخل في فروع أصوله البعيدة: العمَّات، والخالات، وعمَّات الأبوين، وخالاتهما، وإن علون.

فلم يبق من الأقارب حلالًا سوى فروع أصوله البعيدة، وهنَّ: بنات العمِّ، وبنات العمَّات، وبنات الخال، وبنات الخالات.

النَّوع الثَّاني: المحرَّمات بالصِّهر، وهنَّ أقارب الزَّوجين، وكلُّهن حلال، إلَّا أربعة أصناف: حلائل الآباء والأبناء، وأمَّهات النِّساء، وبنات النِّساء المدخول بهنَّ.

---

(١) قوله: (وأولادهم) ضرب عليها في (ب)، وهي ثابتة في (أ) وباقي النسخ.

فيحرم على كلٍّ واحد من الزَّوجين أصول الآخر وفروعه؛ فيحرم على الرَّجل أمُّ امرأته، وأمُّ أمِّها وأبيها وإن علت.

ويحرم عليه بنت امرأته - وهي الرَّبيبة -، وبنت بنتها؛ وإن سفلت.

وتحرم بنت الرَّبيب أيضًا، نصَّ عليه أحمد في رواية صالح[١]، وذكر الشَّيخ تقيُّ الدِّين أنَّه لا يعلم فيه نزاعًا[٢].

ويحرم عليه أن يتزوَّج بامرأة أبيه وإن علا، وامرأة ابنه وإن سفل.

النَّوع الثَّالث: المحرَّمات بالجمع.

فكلُّ امرأتين بينهما رحم محرِّم، يحرم الجمع بينهما، بحيث لو كانت إحداهما ذكرًا؛ لم يجز له التَّزوُّج بالأخرى؛ لأجل النَّسب دون الصِّهر.

فلا يجوز الجمع بين المرأة وعمَّتها وإن علت، ولا بينها وبين خالتها وإن علت، ولا بين الأختين، ولا بين البنت وأمِّها وإن علت.

قال الشَّعبيُّ: كان أصحاب محمَّد يقولون: «لا يجمع الرَّجل بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلًا؛ لم يصلح له أن يتزوَّجها»، ذكره الإمام أحمد في رواية ابنه عبد الله بإسناده[٣].

(١) ينظر: مسائل صالح (٢/ ٢٩).

(٢) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٣٠٥).

(٣) لم نقف عليه في مسائل عبد الله، ولا في المسند، وقد أخرجه عبد الرزاق (١٠٧٦٨) بلفظ: «لا ينبغي لرجل أن يجمع بين امرأتين، لو كانت إحداهما رجلًا لم يحل له نكاحها».

وإنَّما قلنا: لأجل النَّسب دون الصِّهر؛ ليخرج من ذلك: الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها، فإنَّه مباح؛ إذ لا محرميَّة بينهما ليخشى عليهما القطيعة.

لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرَّضاع؛ فإنَّه يحرم الجمع بينهما، نصَّ عليه في رواية الأثرم وحرب.

وقد توقَّف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزَّوجة بالمحرَّمة من الرَّضاع ظهارًا(١). فدلَّ على أنَّ تحريم الرَّضاع لا يساوي تحريم النَّسب من جميع الوجوه، والله أعلم.

النَّوع الرَّابع: المحرَّمات بالرَّضاع.

فيحرم به ما يحرم من النَّسب في الأنواع الثَّلاثة المتقدِّمة(٢).

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين: أنَّه لا يثبت به تحريم المصاهرة؛ فلا يحرم على الرجل نكاح أمِّ زوجته وابنتها من الرَّضاع، ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه من الرَّضاع(٣).

وقال(٤) أحمد في رواية ابن بدينا(٥) في حليلة الابن من الرَّضاع:

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٦٩٢).

(٢) في (أ): المتقدِّم.

(٣) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٣٠٨).

(٤) في (أ): قال.

(٥) هو محمد بن الحسن بن هارون بن بدينا، أبو جعفر الموصلي، سكن بغداد وحدث بها عن الإمام أحمد وروى عنه مسائل، وروى عنه أبو بكر الخلال وصاحبه عبد العزيز، وتوفي سنة (٣٠٣هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٨٨.

لا يعجبني أن يتزوَّجها، يحرم من الرَّضاع ما يحرم من النَّسب.

وليس على هذا الضَّابط إيراد صحيح سوى المرتضعة بلبن الزِّنى، والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أنَّها محرَّمة؛ كالبنت من الزِّنى[1]؛ فلا إيراد إذًا، والله أعلم.

(١) ينظر: مسائل عبد الله (ص ٣٥٢).

قاعدة [١٥٣]

ولد الولد؛ هل يدخل في مسمَّى الولد عند الإطلاق؟

هذا ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يدخل في مسمَّاه مطلقًا مع وجود الولد وعدمه، وذلك في صور:

منها: المحرَّمات في النِّكاح؛ كالبنات، وحلائل الأبناء.

ومنها: امتناع القصاص بين الأب وولده[١].

ومنها: وجوب إعفاف الولد على والده[٢].

ومنها: امتناع قطعه في السَّرقة من مال ولده.

ومنها: ردُّ شهادة الوالد لولده.

ومنها: جرُّ الولاء، فإذا كان ابنُ معتقةِ قومٍ، أبوه وجدُّه رقيقان، فعَتَق جدُّه؛ انتقل الولاء إلى موالي الجدِّ، سواء كان الأب موجودًا أو لم يكن في إحدى الرِّوايات.

وفي الأخرى: إن كان الأب مفقودًا؛ جرَّ الجدُّ الولاء إلى مواليه، وإن كان موجودًا؛ لم يجرُّه بحال.

---

(١) زاد في (ب): كما جاء في الحديث: «لا يقتل ولد بوالد». وضُرب عليه في (أ).

(٢) قوله: (ومنها: وجوب إعفاف الولد على والده) كتب في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن) بعد قوله: (ردُّ شهادة الوالد لولده).

وفي الثَّالثة: لا يجرُّه الجدُّ بحال؛ فيختصُّ جرُّ الولاء بعتق الأب.

ومنها: الوقف على الولد، يدخل فيه ولد الولد، نصَّ عليه أحمد في رواية المروذيِّ[(١)] ويوسف بن موسى ومحمَّد بن عبيد الله المنادي[(٢)]، وهو الَّذي جزم به الخلَّال وابن أبي موسى والقاضي فيما علَّقه بخطِّه[(٣)] على ظهر «خلافه» وغيرهم.

وهل يدخلون مع آبائهم بالتَّشريك، أو لا يدخلون إلَّا بعدهم على التَّرتيب؟ على وجهين للأصحاب.

وعلى التَّرتيب؛ فهل هو ترتيب بطن على بطن، فلا يستحقُّ أحد من ولد الولد شيئًا مع وجود فرد من الأولاد، أو ترتيب فرد على فرد، فيستحقُّ كلُّ ولد نصيب والده بعد فقده؟ على وجهين.

والثَّاني هو منصوص أحمد، وقد سبق ذكره[(٤)].

وفي «أحكام القرآن» للقاضي: إن كان ثَمَّ ولد؛ لم يدخل ولد الولد، وإن لم يكن ولد؛ دخل، واستشهد بآية المواريث؛ قال: (ويصحُّ حمل اللَّفظ على حقيقته ومجازه في حالين مختلفين، لا في جهة واحدة)، مع أنَّه ذكر احتمالًا بأنَّ إطلاق الولد على ولد الولد حقيقة؛ قال: (والأشبه أنَّه مجاز؛ لصحَّة نفيه).

---

(١) ينظر: المغني (٦/ ١١).

(٢) هو محمد بن عبيد الله بن يزيد، أبو جعفر بن المنادي، سمع حفص بن غياث، ويزيد بن هارون في آخرين، وحدث عنه البخاري، وأبو داود، وغيرهما، نقل عن الإمام أحمد مسائل وغيرها. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٣٠٢.

(٣) قوله: (فيما علَّقه بخطِّه) سقط من (ب).

(٤) في القاعدة [١١٣]، (٢/ ٣٧٠).

وفي «المجرَّد» للقاضي: لو وقف على أولاده، ثمَّ على أولاد أولاده، ثمَّ على الفقراء؛ فهو بعد البطن الثَّاني من ولده للفقراء.

فمن الأصحاب من فهم منه: أنَّ ولد الولد لا يدخلون في إطلاق الولد.

ومنهم من قال: بل لمَّا رتَّب بطنًا بعد بطن مرَّتين، ثمَّ جعله بعدهما للفقراء؛ عُلم أنَّه أراد البطنين الأوَّلين خاصَّة، بخلاف حالة الإطلاق، وإلى هذا أشار صاحب «التَّلخيص».

ومنها: الوصيَّة لولده، وقد جعل الأصحاب حكمها حكم الوقف.

وذكر أبو الخطَّاب: أنَّ أحمد نصَّ على دخولهم في ذلك، والمعروف عن أحمد إنَّما هو في الوقف.

وأشار الشَّيخ تقيُّ الدِّين إلى دخولهم في الوقف دون الوصيَّة؛ لأنَّ الوقف يتأبَّد، فيستحقُّه ولده طبقة بعد طبقة، والوصيَّة تمليك للموجودين؛ فيختصُّ بالطَّبقة العليا الموجودة.

وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصيَّة؛ فإنَّما هو في ولد البنين، فأمَّا ولد البنات؛ ففيه وجهان للأصحاب:

اختار الخرقيُّ والقاضي: أنَّهم لا يدخلون.

واختار أبو بكر وابن حامد: دخولهم.

ونصَّ أحمد في رواية المروذيِّ على أنَّهم لا يدخلون في الوقف على الولد[١].

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٤٣٨).

فمن الأصحاب من قال: لا يدخلون في مطلق الولد إذا وقع الاقتصار عليه، ويدخلون في مسمَّى ولد الولد؛ لأنَّهم من ولد الولد حقيقة، وليسوا بولد حقيقة، وهذه طريقة ابن أبي موسى والشِّيرازيِّ، ومال إليها صاحب «المغني».

ومنها: المنع من دفع الزَّكاة إلى الولد يدخل فيه ولد الولد، وسواء في ذلك ولد الذُّكور والإناث على المنصوص عن أحمد؛ لأنَّ ولد البنت قد ثبت له حكم الولد في موضع، فثبت له حكم المنع من الزَّكاة، بخلاف الوقف والوصيَّة؛ فإنَّ المراعى فيها صدق[(١)] الاسم وثبوته في العرف، لا جريان الحكم، والله أعلم.

النَّوع الثَّاني: ما يدخل فيه عند عدم الولد لا مع وجوده، وذلك في صور:

منها: الميراث، فيرث ولدُ الولد جدَّهم مع فقد أبيهم؛ كما يرثون أباهم، ولكن لا يرثهم الجدُّ مع فقد الأب؛ كما يرث الأب على ظاهر المذهب.

وفيه وجه آخر: أنَّه يرثهم كأب مطلقًا، بحيث يحجب الإخوة كلَّهم، واختاره ابن بطَّة، وأبو حفص البرمكيُّ، والشَّيخ تقيُّ الدِّين[(٢)].

ومنها: ولاية النِّكاح، فيلي الجدُّ فيها بعد الأب مقدَّمًا على الابن، على قول الخرقيِّ والقاضي، لكن لا يقوم مقام الأب في الإجبار على المذهب.

---

(١) في (ب) و(هـ): أصدق.

(٢) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٢٨٤).

وحكى ابن الزَّاغونيِّ رواية: أنَّه يقوم مقامه في الإجبار[(١)].

ومنها: ولاية الصَّلاة على الجنازة؛ فيلي الجدُّ بعد الأب مقدَّمًا على الابن على الصَّحيح أيضًا.

ومنها: الحضانة؛ فإنَّ الجدَّ أولى رجالها بها بعد الأب.

والنَّوع الثَّالث: ما لا يدخل فيه في مسمَّى الولد بحال، وذلك في صور كثيرة:

منها: الرُّجوع في الهبة.

ومنها: الأخذ من مال الولد لغير حاجة.

ومنها: ولاية المال، وفيه رواية.

ومنها: الاستئذان في الجهاد.

ومنها: الاستتباع في الإسلام.

ومنها: الانفراد بالنَّفقة مع وجود[(٢)] وارث غيره موسرٍ:

فإن كان الوارث الَّذي معه معسرًا؛ فالمعروف: أنَّ حكمه حكم سائر من تلزمه النَّفقة، وهل[(٣)] يلزمه كمال النَّفقة أو بقدر إرثه؟ على روايتين، أصحُّهما: لا يلزمه أكثر من مقدار إرثه منه.

وفي «الإقناع» لابن الزَّاغونيِّ: أنَّ هذا الخلاف في الجدِّ والجدَّة خاصَّة، وأنَّ سائر الأقارب لا يلزم الغنيَّ منهم النَّفقة إلَّا بالحصَّة بغير خلاف.

(١) في (أ): الإخبار.
(٢) في (ب): مع عدم وجود.
(٣) في (ب): هل.

قاعدة [١٥٤]

خروج البُضْع من الزَّوج؛ هل هو متقوَّم أم لا؟ بمعنى أنَّه: هل يَلزم المخرِج له قهرًا ضمانُه للزَّوج بالمهر؟

فيه قولان في المذهب، ويذكران روايتين عن أحمد، وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون: ليس بمتقوَّم[١].

وخصُّوا هذا الخلاف بمن عدا الزَّوجةَ، فقالوا: لا تضمن للزَّوج شيئًا بغير خلاف.

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين: أنَّه متقوَّم على الزَّوجة وغيرها، وحكاه قولًا في المذهب(١).

ويتخرَّج(٢) على ذلك مسائل:

منها: لو أفسد مُفسِدٌ نكاح امرأة قبل الدُّخول بها، برضاع أو غيره؛ فإنَّه يجب عليه نصف المهر، حيث يلزم الزَّوجَ نصف المهر؛ كما إذا كانت الفرقة من الأجنبيِّ وحده، وله مآخذ:

---

[١] كتب على هامش (ن): (لكنَّ اختيار القاضي في مسألة الرَّجعيَّة الآتية ضمان المهر للزوج يدل على أنَّه متقوم عنده، وقد علَّل به).

---

(١) ينظر: الفروع (٩/ ٢٨٥)، الاختيارات الفقهية (ص ٣٤٥).

(٢) في (أ): ويخرَّج.

أحدها: أنَّ خروج البضع من الزَّوج متقوَّم؛ فيقوَّم قبل الدُّخول بنصف المهر المسمَّى.

وفيه وجه: بنصف مهر المثل.

والثَّاني: أنَّه ليس بمتقوَّم، لكنَّ المفسِد قرَّر هذا النِّصف على الزَّوج، إذ كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النِّكاح بسبب من جهتها.

والثَّالث: أنَّ المهر كلَّه يسقط بالفرقة، لكن يجب لها نصف المهر وجوبًا مبتدئًا بالفرقة الَّتي استقلَّ بها الأجنبيُّ؛ فلذلك لزمه ضمانه، ذكره القاضي في «خلافه»، وفيه بُعْد.

وأمَّا حيث لا يلزم الزَّوجَ شيء؛ كما إذا وطئ الأب أو الابن زوجته قبل الدُّخول بتمكينها؛ فهل يلزمه له نصف المهر أم لا؟ على وجهين مذكورين في «المغني» وغيره، وهما متنزِّلان على أنَّ البضع؛ هل هو متقوَّم أم لا؟ إذ لا غرم هنا على الزَّوج.

ونقل مهنَّى عن أحمد في رجل تزوَّج امرأة، فبعثوا إليه ابنتها، فدخل بها وهو لا يعلم؛ قال: حرمتا عليه جميعًا، قال: فقلت له: ما عليه؟ فقال[1]: عليه لهذه المهر بما استحلَّ من فرجها. قلت: وللأخرى ما عليه؟ قال: لها نصف الصَّداق، قلت: هل يرجع بالنِّصف الَّذي غرم لابنتها؟ قال: لا.

وإنَّما لم يرجع هنا عنده؛ لأنَّ فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة؛ فلذلك استقرَّ الضَّمان عليه.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): قال.

ويتخرَّج فيه وجه آخر: أنَّه يرجع بما غرمه على من غرَّه.

وأمَّا إن كان الإفساد بعد الدُّخول بإرضاع أو غيره؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّ على المفسِد ضمانَ المهر المستقرِّ على الزَّوج، وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم(١)؛ بناء على أنَّ خروج البضع متقوَّم، وكما يضمن الغارُّ المهر لمن غرَّه؛ وإن استقرَّ بالدُّخول، بل هنا أولى؛ لأنَّ المغرور قد يكون فسخ النِّكاح باختياره، كما إذا دُلِّس عليه عيب ونحوه؛ حيث لم يرض بالمهر إلَّا مع السَّلامة من العيوب، وهنا الفسخ بسبب الأجنبيِّ؛ فإنَّه هو المانع للزَّوج من الاستمتاع؛ فكان الرُّجوع عليه بالمهر أولى؛ إذ الزَّوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع، ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذ لم يكن ما يستحقُّه مقدَّرًا، بخلاف منفعة الإجارة؛ فإنَّها تتقسَّط على المدَّة، مع أنَّ الإجارة تسقط فيها الأجرة عندنا بمنع المؤجِر من التَّسليم المستحَقِّ بالعقد كلِّه.

والوجه الثَّاني: أنَّه لا ضمان على المفسد بحال؛ لاستقرار المهر على الزَّوج بالوطء؛ بناء على أنَّ خروجه غير متقوَّم، وإليه ميل ابن أبي موسى، واختاره طائفة من المتأخِّرين.

وأمَّا إن كان المفسِدُ للنِّكاح هو الزَّوجةَ وحدها، بالرَّضاع أو غيره؛ فقال الأصحاب: لا ضمان عليها بغير خلاف؛ لئلَّا يلزم استباحة بضعها بغير عوض.

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين أنَّ عليها الضَّمان(٢)، وأخذه من مسألة

(١) ينظر: المحرر (٢/ ١١٣).

(٢) ينظر: الفروع (٩/ ٢٨٥)، الاختيارات الفقهية (ص ٣٤٥).

المهاجرة وامرأة المفقود، كما سيأتي، وكما قال الأصحاب في الغارَّة: إنَّه لا مهر لها، بل عندنا في الإجارة أنَّ غصب المؤجر يسقط الأجرة كلَّها، بخلاف غصب غيره؛ لاستحقاق التَّسليم عليه.

وأجاب عمَّا قيل من استباحة البضع بدون عوض: بأنَّ العوض وجب لها بالعقد، ثمَّ وجب عليها ضمانه بسبب آخر؛ فلم يخلُ العقد من عوض، كما يجب على البائع ضمان ما تعلَّق به حقُّ توفيةٍ بإتلافه قبل القبض، ولم يخلُ البيع من ثمن، والله أعلم.

ومنها: شهود الطَّلاق إذا رجعوا قبل الدُّخول؛ فإنَّهم يغرمون نصف المهر.

وإن رجعوا بعد الدُّخول؛ فهل يغرمون المهر كلَّه، أم لا يغرمون شيئًا؟ على روايتين، مأخذهما تقويم البضع وعدمه[١].

وعلى التَّغريم(١)؛ يغرمون المهر المسمَّى.

وقيل: مهر المثل.

ومنها: امرأة المفقود إذا تزوَّجت بعد المدَّة المعتبرة، ثمَّ قدم زوجها المفقود؛ فإنَّه يخيَّر بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر؛ أخذ من الزَّوج الثَّاني المهر الَّذي أقبضه إيَّاها؛ أعني: الأوَّل؛ لأنَّه هو

[١] كتب على هامش (ن): (لكنَّ مقتضى التَّقويم أنَّ الغرم لا يتوجَّه إلى المسمَّى، بل إلى مهر المثل كما هو القول الثَّاني).

(١) في (ب): التَّقويم.

الَّذي استحقَّه على أصحِّ الرِّوايتين.

وعلى الثَّانية: يأخذ المهر الَّذي أعطاها الثَّاني.

وبكلِّ حال؛ فهل يستقرُّ ضمانه على الزَّوج الثَّاني، أم يرجع به على المرأة؟ على روايتين:

إحداهما: يرجع به عليها؛ لأنَّ الفرقة جاءت منها؛ فيستقرُّ الضَّمان عليها.

والثَّاني: لا يرجع به؛ لأنَّ المرأة استحقَّته بالإصابة؛ فلا يجوز أخذه منها.

ومنها: إذا طلَّق رجل امرأة، ثمَّ راجعها في العدَّة، وأشهد على الرَّجعة، ولم تعلم المرأة حتَّى انقضت عدَّتها، وتزوَّجت ودخل بها الثَّاني، وقلنا على رواية: إنَّ الثَّاني أحقُّ بها؛ فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا؟ على وجهين، واختار القاضي الضَّمان؛ لأنَّ خروج البضع متقوَّم.

ومنها: إذا أسلمت امرأة من أهل دار الحرب، وهاجرت إلينا، ثمَّ تزوَّجها مسلم بعد انقضاء عدَّتها في دار الإسلام؛ فهل يلزمه أن يردَّ على زوجها الكافر مهرها الَّذي أمهرها إيَّاه؟ على روايتين حكاهما ابن أبي موسى.

وظاهر القرآن يدلُّ على وجوبه(١)، لكن أكثر الأصحاب على عدم

---

(١) وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ وَسْـَٔلُوا۟ مَآ أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْـَٔلُوا۟ مَآ أَنفَقُوا۟ ذَٰلِكُمْ حُكْمُ ٱللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [المُمتَحنَة: ١٠].

الوجوب، قالوا: لأنَّ الآية نزلت في قصة[١] صلح الحديبية، وكان الصُّلح قد وقع على ردِّ النِّساء قبل تحريمه، فلمَّا حرم الرَّدُّ بعد صحَّة اشتراطه؛ وجب ردُّ بدله، وهو المهر، وأمَّا بعد ذلك؛ فلا يجوز اشتراط ردِّ النِّساء؛ فلا يصحُّ اشتراط ردِّ مهورهنَّ؛ لأنَّه شرطُ مالٍ للكفَّار من غير ضرورة.

ومن اختار الوجوب؛ كالشَّيخ تقيِّ الدِّين؛ منع أن يكون ردُّ النِّساء مشروطًا في صلح الحديبية، ومنع عدم جواز شرط ردِّ المهر، لا سيَّما إذا كان مشروطًا من الطَّرفين[٢].

ومنها: خُلع المسلم زوجته بمحرم يعلمان تحريمه؛ كخمر أو خنزير، قال أبو بكر والقاضي والأصحاب: هو كالخلع الخالي عن العوض، فإذا صحَّحناه؛ لم يلزم الزَّوج شيء، بخلاف النِّكاح على ذلك.

وعند الشِّيخ تقيِّ الدِّين: يرجع إلى المهر؛ كالنِّكاح[٣].

ويحتمل[٤] كلام الخرقيِّ في خلع الأمة على سلعة بيدها: أنَّه يصحُّ، ويتبع بقيمتها بعد العتق.

ومنها: مخالعة الأب ابنته الصَّغيرة بشيء من مالها، والمذهب: أنَّه

---

(١) في (أ): قضيَّة.
(٢) ينظر: الفروع (٩/ ٢٨٦).
(٣) ينظر: الفروع (٨/ ٤٢٣).
(٤) في (ب): ويحتمله.

غير جائز، وأنَّ الضَّمان على الأب، نصَّ عليه أحمد في رواية ابن الحكم.

وخرَّج بعض المتأخِّرين جوازه؛ بناء على أنَّ خروج البضع متقوَّم، فما بذل مالها إلَّا فيما له قيمة، فلا يكون تبرُّعًا.

وخرَّجه بعضهم من الرِّواية الَّتي نقول فيها: إنَّ للأب العفو عن نصف المهر في الطَّلاق قبل الدُّخول؛ بناء على أنَّه الَّذي بيده عقدة النِّكاح.

وذكره صاحب «المغني» احتمالًا في وليِّ الصَّغيرة والسَّفيهة والمجنونة مطلقًا إذا رأى الحظَّ في ذلك، وكذلك أشار إليه ابن عقيل في «الفصول».

ومنها: إذا قال لزوجته: أنت طالق بألف، فلم تقبل؛ طَلَقت رجعيًّا، ولم يلزمها شيء، نصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى(١).

ولو قال لعبده: أنت حرٌّ بألف، فلم يقبل؛ لم يَعتِق عند الأصحاب.

والفرق بينهما: أنَّ خروج البضع غير متقوَّم، بخلاف العبد؛ فإنَّه مال محض.

وخرَّج الشَّيخ تقيُّ الدِّين وجهًا: أنَّه يَعتِق العبد بغير شيء، كما في الطَّلاق؛ لأنَّ الطَّلاق والعتاق فيهما حقٌّ لله تعالى، وليس العوض بركن فيهما إذا(٢) لم يعلِّقهما عليه، بل أوقعهما منجزًا، وشرط فيهما

---

(١) ينظر: المغني (٧/ ٣٤٩).

(٢) في (ب): إذ.

العوض، فإذا لم يلتزما العوض؛ لَغِيَ ووقع الطَّلاق والعتاق[١]؛ لما فيهما من الحقِّ لله الَّذي لا يمكن إبطاله.

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): العتق.

قاعدة [١٥٥]

يتقرَّر المهر كلُّه للمرأة بأحد ثلاثة أشياء:

الأوَّل: الوطء؛ فيتقرَّر به المهر على كلِّ حال.

وأمَّا مقدِّماته؛ كاللَّمس بشهوة، والنَّظر إلى الفرج، أو إلى جسدها وهي عارية؛ فمن الأصحاب من ألحقه بالوطء وجعله مقرِّرًا رواية واحدة؛ لأنَّه آكد من الخلوة المجرَّدة.

ومنهم من خرَّجه على وجهين أو روايتين، من الخلاف في تحريم المصاهرة به.

وقال ابن عقيل: إن كانت عادته فعل ذلك في الملأ؛ استقرَّ به المهر؛ لأنَّ ذلك خلوة مثله، وإلَّا فلا.

والمنصوص عن أحمد في رواية مهنَّى: أنَّه إذا تعمَّد النَّظر إليها وهي عُريانة تغتسل؛ وجب لها المهر [(١)].

والثَّاني: الخلوة ممَّن يمكنه الوطء بمثله.

فإن كان ثَمَّ مانع؛ إمَّا حسيٌّ [(٢)]؛ كالجَبِّ والرَّتَق، أو شرعيٌّ؛ كالإحرام والحيض؛ فهل يقرِّر المهر؟ على طرق للأصحاب:

---

(١) ينظر: المغني (٧/ ٢٥١).

(٢) قوله: (إمَّا حسيٌّ) سقط من (أ).

أحدها: أنَّ في المسألة روايتين مطلقتين، وهي طريقة القاضي في «الجامع»، وصاحب «المحرَّر»، وكذلك صاحب «المغني»، إلَّا أنَّه زاد رواية ثالثة: بالفرق بين المانع المتأكِّد شرعًا؛ كالإحرام وصيام رمضان؛ فلا يستقرُّ معه المهر، بخلاف غيره.

والثَّانية: إن كان المانع من الوطء ودواعيه؛ كالإحرام وصيام رمضان؛ ففيه روايتان، وإن كان لا يمنع الدَّواعيَ، كالحيض والجَبِّ والرَّتَق؛ استقرَّ رواية واحدة، وهي طريقة القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في «الفصول».

والثَّالثة: إن كانت الموانع بالزَّوج؛ استقرَّ الصَّداق رواية واحدة، وإن كانت بالزَّوجة؛ فهل يستقرُّ؟ على روايتين، وهي طريقة القاضي في «خلافه».

ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى: أنَّه لا يستقرُّ المهر بالخلوة بمجرَّدها بدون الوطء؛ أخذًا[1] ممَّا روى يعقوب بن بختان عن أحمد: إذا خلا بها، وقال: لم أطأ، وصدَّقته؛ أنَّ لها نصف الصَّداق، وعليها العدَّة[2].

وأنكر الأكثرون هذه الرِّواية، وحملوا رواية يعقوب هذه على وجه آخر، وهو[3] أنَّ الخلوة إنَّما قرَّرت المهر؛ لأنَّها مظنَّة الوطء المقرِّر؛

(١) في (أ): أخذًا لها.
(٢) ينظر: المغني (٧/ ٣٤٩).
(٣) في (أ): وهي.

فقامت مقامه في التَّقرير؛ لأنَّ حقيقة الوطء لا يطلع عليه غالبًا؛ فعُلِّق[١] الحكم بمَظِنَّته، فإذا تصادق الزَّوجان على انتفاء الحقيقة الَّتي هي الوطء؛ لم يقبل ذلك في إسقاط العدَّة؛ لأنَّ فيها حقًّا لله تعالى.

وهل يقبل في سقوط نصف المهر؟ على روايتين.

نقل ابن بختان: قبوله؛ لأنَّه حقٌّ محض للزَّوجة، وقد أقرَّت بسقوطه.

ونقل الأكثرون: عدم قبوله؛ لملازمته للعدَّة، وهذا يرجع إلى أنَّ الخلوة مقرِّرة؛ لكونها مَظِنَّة الوطء[٢].

ومن الأصحاب من قال: إنَّما قَرَّرت لحصول التَّمكين بها، وهي طريقة القاضي.

وردَّها ابن عقيل: بأنَّ الخلوة مع الجَبِّ لا تمكن معها، قال: وإنَّما قَرَّرت لأحد أمرين: إمَّا لإجماع الصَّحابة[٣]، وهو حجَّة، أو لأنَّ طلاقها بعد الخلوة بها وردَّها زهدًا فيها فيه ابتذال وكسر لها؛ فوجب جبره بالمهر.

وقيل: بل المقرِّر هو استباحة ما لا يستباح إلَّا بالنِّكاح من المرأة؛ فدخل في ذلك الخلوة واللَّمس بمجرَّدهما؛ لأنَّ ذلك كلَّه معقود عليه في النِّكاح، والمهر يستقرُّ بنيل بعض المعقود عليه، لا يقف على نيل جميعه.

---

(١) في (ب) و(و) و(ن): فتعلَّق. وفي (د): تعلَّق.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): للوطء.

(٣) ينظر: المغني (٧/ ٣٤٩).

وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حرب، وقيل له: فإن أخذها وعندها نسوة، فمسَّها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخلوَ بها؛ قال: إذا نال منها شيئًا لا يحلُّ لغيره؛ فعليه المهر(١).

وعلى هذا؛ فقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: يتوجَّه أن يستقرَّ المهر بالخلوة؛ وإن منعته الوطء، بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب(٢).

المقرِّر الثَّالث: الموت قبل الدُّخول وقبل الفرقة.

وإن طلَّقها في المرض ثمَّ مات فيه؛ فهل يستقرُّ لها المهر؟ على روايتين؛ بناء على توريثها منه وعدمه. [١]

[١] كتب في هامش (و) و (ن): (المقرِّر الرابع: إذهاب العُذْرة بالدفع، على رواية خرَّجها صاحب «المغني»، وقد سبقت).

(١) ينظر: مسائل حرب بتحقيق فايز بن حابس (١/ ٣١٤).

(٢) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٣٤١).

قاعدة [١٥٦]

فيما يتنصَّف فيه المهر قبل استقراره، وما يسقط به الفرقة قبل الدُّخول.

إن كانت من جهة الزَّوج وحده، أو من جهة أجنبيٍّ وحده: يُنصَّف بها المهر المسمَّى.

وإن كانت من جهة الزَّوجة وحدها: سقط بها المهر.

وإن كانت من جهة الزَّوجين معًا، أو من جهة الزَّوجة مع أجنبيٍّ: ففي تنصيف المهر وسقوطه روايتان.

فهذه خمسة أقسام:

القسم الأوَّل: ما استقلَّ به الزَّوج، وله صور:

منها: طلاقه، وسواء كان منجزًا أو معلَّقًا بصفة، وسواء كانت الصَّفة من فعلها أو لم يكن، كذا ذكره الأصحاب؛ قالوا: لأنَّ السَّبب كان منه، وهو الطَّلاق، وإنَّما حقَّقته[1] بوجود شرطه، والحكم إنَّما يضاف إلى صاحب السَّبب.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: إن كانت الصِّفة من فعلها الَّذي لها منه بدٌّ؛

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): حقيقته. وكتب في هامش (هـ): (وبخطِّ الشَّيخ عبد الله: لعلَّها حقَّقته).

فلا مهر لها.

ويمكن تخريج ذلك من إحدى الرِّوايتين في المريض إذا علَّق طلاق امرأته على ما لَها منه بدٌّ ففعلته؛ فإنَّ في إرثها روايتين.

ويشهد لذلك مسألة التَّخيير؛ فإنَّه لو خيَّرها قبل الدُّخول فاختارت نفسها؛ فهل يسقط مهرها أو يتنصَّف؟ على روايتين حكاهما ابن أبي موسى.

والتَّخيير توكيل محض، والتَّعليق بفعلها في معناه.

والمنصوص عن أحمد: أنَّه لا مهر للمخيَّرة، قال مهنَّى: سألت أحمد عن رجل تزوَّج امرأة، ثمَّ طلبت منه الخيار، فاختارت نفسها، ولم يكن دخل بها، لها عليه نصف الصَّداق؟ قال: في قلبي منها شيء، ثمَّ قال: لا ينبغي أن يكون لها شيء، قلت: إنِّي سألت غير واحد، فقال: يكون لها عليه نصف الصَّداق، فقال لي: فإن أسلمت امرأة مجوسيَّة وأبى زوجها يسلم؛ يكون لها عليه صداقها؟ قال لي: هذا يدخل عليهم، انتهى.

ومنها: خُلعه، ونصَّ أحمد في رواية مهنَّى: أنَّه يوجب نصف المهر، وعلَّله القاضي: بأنَّ الخلع يستقلُّ به الزَّوج؛ لأنَّه يصحُّ مع الأجنبيِّ بدون رضا المرأة؛ فلذلك نسب إليه.

وفيه وجه آخر: أنَّه يسقط به المهر.

فمن الأصحاب من خرَّجه على أنَّه فسخ؛ فيكون كسائر الفسوخ من الزَّوج.

ومنهم من جعله ممَّا يشترك فيه الزَّوجان؛ لأنَّه إنَّما يكون بسؤال المرأة[١]؛ فتكون الفرقة فيه من قبلها، ولذلك يسقط إرثها بالخلع في المرض.

وهذا على قولنا: لا يصحُّ مع الأجنبيِّ إذا قلنا: هو فسخ(١) أظهر، فأمَّا إن وقع مع الأجنبيِّ وصحَّحناه؛ فينبغي أن يتنصَّف به المهر وجهًا واحدًا.

ومنها: إسلامه والزَّوجة غير كتابيَّة في إحدى الرِّوايتين.

وفي الأخرى: يسقط المهر؛ لأنَّه فعل الواجب عليه، وإنَّما وقعت الفرقة بامتناعها من الإسلام؛ فلا يكون لها مهر.

ومنها: ردَّته عن الإسلام.

ومنها: إقراره بالنَّسب أو بالرَّضاع أو غير ذلك من المفسدات؛ فتقبل منه في انفساخ النِّكاح، دون سقوط النِّصف.

ومنها: أن يطأ أمَّ زوجته أو ابنتها بشبهة أو زنًى؛ فينفسخ نكاح البنت، ويجب لها نصف الصَّداق، نصَّ عليه في رواية ابن هانئ(٢).

ويستثنى من هذا القسم: الفسوخ الَّتي تملَّكها الزَّوج لضرر يلحقه؛

---

[١] كتب على هامش (ن): (في هذا التعليل نظر؛ فإن فرض المسألة في الخلع بسؤال الأجنبي، وأما بسؤال المرأة؛ فسيأتي فيما يشترك فيه الزوجان، وهو معنى قوله: تخالعهما).

---

(١) قوله: (إذا قلنا: هو فسخ) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

(٢) ينظر: مسائل ابن هانئ (١/ ٢١٤).

إمَّا لظهور عيب في الزَّوجة، أو فوات شرط، فيسقط بها المهر؛ لأنَّ حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه ترادُّ العوضين من الجانبين، وقد وُجد ذلك قبل تمكُّنه من قبض المعقود عليه واستيفائه، وإنَّما استحقَّت نصف المهر في الطَّلاق وما كان في معناه؛ جبرًا لها، حيث لم يكن له موجِب من جهتها، وهنا قد وجد سبب من جهتها؛ فصار كالمنسوب إليها.

القسم الثَّاني: ما استقلَّ به الأجنبيُّ وحده.

ومن صور ذلك: أن تُرضع زوجتُه الكبرى زوجتَه الصُّغرى.

ومنها: أن يُكرِه الرَّجل(١) زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدُّخول.

القسم الثَّالث: ما استقلَّت به الزَّوجة وحدها، وله صور:

منها: ردَّتها.

ومنها: إسلامها[١].

وفيه رواية أخرى: أنَّ لها نصف المهر؛ لأنَّها فعلت الواجب عليها؛ فنسب الفسخ إلى امتناع الزَّوج من الإسلام(٢).

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال أبو بكر في «الشافي»: إذا أسلمت قبل دخوله بها، أو لم يكن سبيل لها في تسليم الزوج نفسها حتى وقعت الفرقة؛ فلا صداق لها، وهذا اختياري. من هامش النسخة المعتمدة).

---

(١) في (ب) و(ج) و(ن): رجل.

(٢) قوله: (من الإسلام) سقط من (أ) و(ج) و(هـ) و(و).

ومنها: إرضاعها من تثبت به المحرميَّة بينها وبين الزَّوج، وكذلك ارتضاعها بنفسها وهي صغيرة.

ومنها: فسخها النِّكاح لعيب الزَّوج، قال الأصحاب: هو منسوب إليها؛ فيسقط به مهرها، بخلاف فسخ الزَّوج لعيبها؛ فإنَّه منسوب إليها لا إليه؛ فسقط المهر أيضًا لذلك.

وفرَّقوا بينهما: بأنَّ فسخه لعيبها ردٌّ للمعقود عليه بعيب؛ فلا ينسب إلَّا إلى من دلَّس العيب، بخلاف فسخها لعيبه؛ فإنَّ العيب ليس في المعقود عليه، بل في غيره؛ فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخيل؛ فلذلك نسب الفعل إليها، وهذا يرجع إلى أنَّ الزَّوج غير معقود عليه في النِّكاح، وفيه خلاف سبق ذكره.

والأظهر في الفرق أن يقال: الفسوخ الشَّرعيَّة الَّتي يملكها كلٌّ من الزَّوجين على الآخر إنَّما شرعت لإزالة ضرر حاصل، فإذا وقعت قبل الدُّخول؛ فقد رجع كلٌّ من الزَّوجين إلى ما بذله سليمًا كما خرج منه؛ فلا حقَّ له في غيره، بخلاف الطَّلاق وما في معناه من موجِبات الفرقة بغير ضرر ظاهر؛ فإنَّه يحصل بها للمرأة انكسار وضرر؛ فجبره الشَّارع بإعطائها نصف المهر عند تسمية المهر، وبالمتعة عند فقد التَّسمية، والله أعلم.

ونقل مهنَّى عن أحمد في مجبوب تزوَّج امرأة، فلمَّا دخل عليها لم ترض به؛ لها ذلك، وعليه نصف الصَّداق إذا لم ترض به.

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: هذا يدلُّ على أنَّ المرأة إذا فسخت قبل

الدُّخول، فلها نصف الصَّداق؛ لأنَّ سبب الفسخ وهو العيب من جهته، وهي معذورة في الفسخ[١].

وأمَّا القاضي؛ فقال: قد وجد الدُّخول، وإنَّما[٢] لم تقرِّر المهر كلَّه؛ للمانع القائم به.

ومنها: فسخها النِّكاح لإعسار الزَّوج بالمهر أو النَّفقة أو غير ذلك؛ كالفسخ لفوات شرط صحيح، قال القاضي والأكثرون: هو منسوب إليها؛ فيسقط به مهرها؛ كما في الفسخ لعيب[٣] الزَّوج.

وقال أبو بكر في «التَّنبيه»: فسخها لفوات الشَّرط يجب لها به نصف المهر؛ لأنَّ فوات الشَّرط من قبل الزَّوج، فنسب الفسخ به إليه دونها.

وقياسه: الفسخ لمنع النَّفقة ونحوه ممَّا هو من فعل الزَّوج وهو قادر على إزالته.

فأمَّا[٤] الفسخ لعسرته؛ فهو كالفسخ لعيبه على ما تقدَّم.

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (ويلزم من قال: إنَّ خروج البُضع متقوَّم بمهر المثل، وإنَّ الفرقة من جهتها كإتلاف البائع للمبيع قبل القبض؛ أن

---

(١) لم نقف على كلامه هذا، وجاء في مجموع الفتاوى (٣٢/ ١٧١): (إذا ظهر بأحد الزوجين جنون أو جذام أو برص: فللآخر فسخ النكاح؛ لكن إذا رضي بعد ظهور العيب فلا فسخ له، وإذا فسخت فليس لها أن تأخذ شيئًا من جهازها، وإن فسخت قبل الدخول سقط مهرها، وإن فسخت بعده لم يسقط).

(٢) في (ب) و(ج): وإنَّها.

(٣) في (أ) و(د): بعيب.

(٤) في (أ): وأما.

يخيَّر الزَّوج بين[١] مطالبتها بمهر المثل وضمان المسمَّى لها، وبين إسقاط المسمَّى)[٢].

ومنها: فسخ المعتَقة تحت عبد قبل الدُّخول، وفيه روايتان:

إحداهما: لا مهر لها، اختارها الخرقيُّ وغيره؛ لاستقلالها بالفسخ؛ كالحرَّة.

والثَّانية: يتنصَّف المهر، نقلها مهنَّى، واختارها أبو بكر؛ لأنَّ السَّيِّد هو مستحقُّ المهر؛ فلا يسقط بفسخ غيره.

ويجاب عنه: بأن[٣] إعتاق السَّيِّد تسبَّب في الفسخ؛ فسقط حقُّه لتسبُّبه في سقوطه، وإن باشره غيره؛ كمن قال لغيره: ألقِ متاعي في البحر، ففعل.

القسم الرَّابع: ما اشترك فيه الزَّوجان، وله صور:

منها: لِعانهما؛ فذكر أبو بكر: أنَّ فرقة اللِّعان جاءت من جهة الزَّوجة؛ لأنَّ الفرقة إنَّما تقع بلعانها.

وقال القاضي: يُخرَّج على روايتين، أصلهما: إذا لاعنها في مرض موته؛ فهل ترثه؟ على روايتين.

ومنها: تخالُعُهما، وقد سبق أنَّ المنصوص عن أحمد: أنَّ لها نصف الصَّداق، وهو قول القاضي وأصحابه.

---

(١) في (ب): من.
(٢) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٣٤٥).
(٣) قوله: (بأن) هو في (أ): بأنْ يقال: إنَّ.

وإنَّ لنا وجهًا آخر: أنَّه يسقط المهر إذا قلنا: هو فسخ؛ فإنه يكون منسوبًا إليهما، فيكون كالتَّلاعن، بخلاف ما إذا قلنا: إنَّه طلاق؛ فإنَّ[1] الطَّلاق يستقلُّ به الزَّوج؛ فهو كما لو قال لها ابتداء: أنت طالق بألف، فقبلته.

ويتخرَّج لنا وجه آخر: أنَّه يسقط به المهر - وإن قلنا: هو طلاق -؛ بناء على أنَّه جاء من قِبَلِها بسؤالها، ولهذا كان لنا فيمن خالعت زوجها في مرضه؛ هل ترثه؟ روايتان، وجزم ابن أبي موسى: بأنَّها لا ترثه؛ لأنَّ الفرقة جاءت من قِبَلِها، فلا يكون لها شيء من الصَّداق حينئذ.

يؤيِّد هذا: أنَّ الخلع يُسقِط حقوق الزَّوجيَّة كلَّها في إحدى الرِّوايتين عن أحمد، ونصف المهر من الحقوق؛ فيسقط على هذه الرِّواية.

القسم الخامس: ما كان من جهة الزَّوجة مع أجنبيٍّ، وله صور:

منها: شراؤها للزَّوج، وفيه وجهان:

أشهرهما - وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه -: أنَّه يتنصَّف بها المهر؛ تغليبًا لجهة الأجنبيِّ هنا، وهو البائع؛ إذ هو أصل العقد، ومنه نشأ، وعنه تُلُقِّي.

والثَّاني: يسقط المهر؛ تغليبًا لجهة الزَّوجة؛ إذ الانفساخ متعقِّب لقبولها.

فأمّا شراء الزَّوج لزوجته، فهل يتنصَّف به المهر أو يسقط؟ على وجهين أيضًا، واختيار أبي بكر: أنَّه يسقط؛ تغليبًا لجهة البائع هنا

(١) في (أ) و(و): فلأنَّ.

أيضًا، وهو سيِّد الأمة المستحقُّ لمهرها؛ فهو كمجيء الفسخ من الحرَّة المستحقَّة للمهر.

وهذا يتَّجه على ما اختاره في فسخ المعتَقة تحت عبد.

فعلى هذا؛ لو باعها السَّيِّد الَّذي زوَّجها لأجنبيٍّ، ثمَّ باعها الأجنبيُّ للزَّوج قبل الدُّخول؛ لم يسقط المهر؛ لأنَّ الفرقة جاءت من البائع الثَّاني، وهو غير مستحقٍّ المهر، هذا ظاهر كلام صاحب «المحرَّر».

وعلَّل صاحب «الكافي» سقوط المهر: بأنَّ الزَّوجة شاركت في الفسخ، فسقط مهرها؛ كالفسخ بعيب.

ومعنى هذا: أنَّ كونها أمةً صفةٌ لها ثابتة بعد ملك الزَّوج، وذلك يوجب الفسخ؛ فأسند إليه وإن لم يكن باختيارها؛ كما أسند فسخها لعيب الزَّوج إليه وإن لم يكن باختياره.

وعلى هذا؛ فلا فرق بين شرائها من مستحِقِّ مهرها وغيره، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين.

ومنها: إذا مكَّنت الزَّوجة من نفسها من ينفسخ النِّكاح بوطئه؛ كأبي الزَّوج أو ابنه؛ فقال القاضي ومن تبعه: يسقط مهرها؛ إسنادًا للفسخ إليها.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: يتخرَّج على وجهين؛ لأنَّ الفرقة منها ومن أجنبيٍّ.

وبقي ههنا **قسم سادس**: وهو الفرقة الإجباريَّة[١]، ولها صور:

منها: أن يسلم كافر وتحته عدد لا يجوز له جمعه في الإسلام؛ فينفسخ[٢] نكاح العدد الزَّائد؛ فلا يجب لهنَّ شيء من المهر، ذكره القاضي في «الجامع» و«الخلاف»؛ معلِّلًا: بأنَّه ممنوع من إمساكهنَّ؛ فهو كالنِّكاح الفاسد، وجزم به صاحب[٣] «المغني» و«المحرَّر».

ويتخرَّج لنا وجه آخر: أنَّه يجب نصف المهر من المسألة الَّتي بعدها.

وأمَّا الطَّلاق في النِّكاح الفاسد، فقد[٤] ذكر ابن عقيل وجهًا: أنَّ المهر يتنصَّف به قبل الدُّخول.

وعلى المشهور: فإنَّما سقط؛ لأنَّ المهر يجب في النِّكاح الفاسد بالإصابة لا بالعقد، بخلاف الصَّحيح.

ومنها: إذا تزوَّج أختين في عقدين، وأشكل السَّابق، وأمرناه بالطَّلاق، فطلَّقهما؛ فقال أبو بكر: يتوجَّه في المهر قولان:

أحدهما: يجب نصف المهر، ثمَّ يقترعان عليه؛ فمن وقعت عليها القرعة؛ حكم لها به؛ لأنَّه واجب لإحداهما في نفس الأمر، فتعيَّن بالقرعة.

(١) في (د) و(هـ): الاختياريَّة.
(٢) في (ب): فيفسخ.
(٣) في (ب) و(د) و(و): صاحبا.
(٤) في (ب) و(د): قد.

والثَّاني: لا يجب شيء؛ لأنَّه مكره على الطَّلاق، فكأنَّ الفسخ جاء من جهة المرأة، فلا تستحقُّ شيئًا.

والمنقول عن أحمد في هذه المسألة ما نقله عنه مهنَّى أنَّه قال: (يفرَّق بينهما، وقد قيل: يكون نصف المهر لهما جميعًا، وما أخلقه أن يكون كذلك[١]! ولكن لم أسمع فيه شيئًا)[٢].

وهذا يدلُّ على أنَّهما يقتسمان نصف المهر، لا يقترعان عليه.

ولو زوَّج الوليَّان امرأة من زوجين[٣]، وجهل السَّابق منهما، وأمرناهما بالطَّلاق؛ فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعيَّن بالقرعة، أم لا يجب لها شيء؟ على وجهين.

وحُكي عن أبي بكر أنَّه اختار: أنَّه لا شيء لها، وبه أفتى أبو عليٍّ النَّجاد[٤].

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (ويتخرَّج على هذا الخلاف: ما إذا ورثت المرأة زوجها؛ فإنَّ الفرقة ههنا بفعل الله ﷻ؛ فهو كاشتباه الزَّوج).

---

(١) في (ب): كذاك.

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٩٨).

(٣) قوله: (من زوجين) سقط من (ب).

(٤) هو الحسين بن عبد الله، أبو علي النجاد، كان فقيهًا معظمًا إمامًا في أصول الدين وفروعه، صحب من شيوخ المذهب: أبا الحسن بن بشار، وأبا محمد البربهاري، ومن في طبقتهما، وصحبه جماعة: أبو حفص البرمكي، وأبو حفص العُكْبَري، وأبو الحسن الخرزي، وأبو عبد الله بن حامد. ينظر: طبقات الحنابلة ٢/ ١٤٠.

قاعدة [١٥٧]

إذا تغيَّر حال المعتدَّة بانتقالها من رقٍّ إلى حريَّة، أو طرأ عليها سبب موجِب لعدَّة أخرى من الزَّوج؛ كوفاته؛ فهل يلزمها الانتقال إلى عدَّة الوفاة، أو إلى عدَّة حرَّة؟

إن كان زوجها متمكِّنًا من[١] تلافي نكاحها في العدَّة؛ لزمها الانتقال، وإلَّا فلا، إلَّا ما يستثنى من ذلك من الإبانة في المرض.

ويتخرَّج على هذا مسائل:

منها: الرَّجعيَّة إذا أُعتقت[٢]، أو توفِّي زوجها؛ انتقلت إلى عدَّة حرَّة، وعدَّة وفاة.

ومنها: إذا كان تحت عبد مُشرِك إماءٌ، فأسلمنَ وأُعتقن؛ فإنَّ عدَّتهنَّ عدَّة حرائر؛ لأنَّه عتقٌ في عدَّة يتمكَّن الزَّوج فيها من الاستدراك بالإسلام؛ فهي في معنى عدَّة الرَّجعيَّة، بخلاف ما لو أسلم العبد، ثمَّ عَتَق الإماءُ وهنَّ على الشِّرك؛ فإنَّ عدَّتهنَّ عدَّة إماء؛ لأنَّ الزَّوج لا يمكنه تلافي نكاحهنَّ.

ومنها: المرتدُّ إذا قُتل في عدَّة امرأته؛ فإنَّها تستأنف عدَّة الوفاة،

---

(١) في (ب): في.
(٢) في (ب) و(ج) و(د) (هـ): عَتَقَتْ.

نصَّ عليه في رواية ابن منصور[١]؛ لأنَّه كان يمكنه تلافي النِّكاح بالإسلام؛ بناء على أنَّ الفسخ يقف على انقضاء العدَّة.

ومنها: لو أسلمت امرأة كافر، ثمَّ مات قبل انقضاء العدَّة؛ فإنَّها تنتقل إلى عدَّة الوفاة في قياس الَّتي قبلها، ذكره الشَّيخ تقيُّ الدِّين.

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٤/١٨١٨): (قلت: المرتد كم تعتد امرأته؟ قال أحمد: ثلاثة قروء. قلت: فإن قُتل؟ قال أحمد: أربعه أشهر وعشرًا).

قاعدة [١٥٨]

إذا تعارض معنا أصلان؛ عمل بالأرجح منهما؛ لاعتضاده بما يرجِّحه.

فإن تساويا؛ خُرِّج في المسألة وجهان غالبًا.

ومن صور ذلك: ما إذا وقع في الماء نجاسة، وشكَّ في بلوغه قُلَّتين؛ فهل يحكم بنجاسته أو طهارته(١)؟ على وجهين:

أحدهما: يحكم بنجاسته، وهو المرجَّح عند صاحبي «المغني» و«المحرَّر»؛ لأنَّ الأصل عدم بلوغه قلَّتين.

والثَّاني: هو طاهر، وهو أظهر؛ لأنَّ الأصل في الماء الطَّهارة، وأمَّا أنَّ أصله القُلَّة؛ فقد لا يكون كذلك، كما إذا كان كثيرًا ثمَّ نقص وشكَّ في قدر الباقي منه.

ويعضد هذا: أنَّ الأصل وجوب الطَّهارة بالماء؛ فلا يعدل إلى التَّيمُّم إلَّا بعد تيقن عدمه.

وأيضًا؛ فللأصحاب خلاف في الماء الَّذي وقعت فيه النَّجاسة؛ هل الأصل فيه أن ينجس إلَّا أن يبلغ حدَّ الكثرة فلا ينجس لمشقَّة حفظ الكثير من النَّجاسة، أم الأصل فيه الطَّهارة إلَّا أن يكون يسيرًا فينجس؛

(١) في (ب) و(هـ) و(و): بطهارته.

لأنَّ اليسير لا يكاد يحيل[١] النَّجاسة غالبًا؟

فعلى الأوَّل؛ يجب الحكم بنجاسة هذا الماء.

وعلى الثَّاني؛ يحكم بطهارته.

وعلى هذين المأخذين يتخرَّج الخلاف في إثبات نصف القِربة الَّذي روي الشَّكُّ فيه في ضبط القلَّتين وإسقاطه[٢].

وينبني على ذلك: أنَّ القلَّتين؛ هل هما خمس قِرَبٍ أو أربع قرب[٣]؟ والله أعلم.

ومنها: ما[٤] إذا وقع في الماء اليسير روثة، وشكَّ: هل هي من مأكول أو غيره؟ أو مات فيه حيوان، وشكَّ: هل هو ذو نفس سائلة أم لا؟ وفيه وجهان:

أحدهما: أنَّه نجس؛ لأنَّ الأصل في الأرواث والميتات النَّجاسة، وحيث قضي بطهارة شيء منهما؛ فرخصة على خلاف الأصل، ولم يتحقَّق وجود المرخِّص ههنا؛ فبقيتا[٥] على الأصل.

---

(١) في (ب) و(ج): يحمل.

(٢) لعله يشير إلى ما روي عن ابن جريج في تحديد قلال هَجَر بقوله: (وقد رأيت قلال هجر، فالقلة تسع قِربتين، أو قربتين وشيئًا) قال الشافعي: (فالاحتياط أن تكون القُلَّة قِربتين ونصفًا)، وقال ابن قدامة: (الاحتياط أن يجعل قربتين ونصفًا). ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (١٢٥٠)، المغني (١/ ١٩).

(٣) قوله: (قرب) سقط من (ب) و(د) و(هـ) و(و).

(٤) قوله: (ما) سقط من (أ) و(هـ).

(٥) في (ب) و(د): فبقينا. وفي (ج): فبقيا.

والثَّاني: أنَّه طاهر، وهو المرجَّح عند الأكثرين؛ لأنَّ الأصل في الماء الطَّهارة؛ فلا يُزال عنها بالشَّكِّ.

وقد منع بعضهم أنَّ الأصل في الأرواث النَّجاسة(١).

ونصَّ أحمد في رواية محمَّد بن أبي حرب في رجل وطئ على روث لا يدري لحمار أو برذون؛ فرخَّص فيه إذا لم يعرفه(٢).

ومنها: إذا قعد الذُّباب على نجاسة رطبة، ثمَّ سقط بالقرب على ثوب، وشكَّ في جفاف النَّجاسة؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّه ينجس؛ لأنَّ الأصل بقاء الرُّطوبة، ونقله أبو بكر عن أحمد.

والثَّاني: لا ينجس؛ لأنَّ الأصل طهارة الثَّوب.

ومنها: إذا أدرك الإمامَ في الرُّكوع، فكبَّر وركع معه، وشكَّ: هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده؟

فالمذهب: أنَّه لا يعتدُّ له بتلك الرَّكعة؛ لأنَّ الأصل عدم الإدراك، وهو منقول عن ابن عمر ﵄(٣).

---

(١) وممن ذهب إلى ذلك شيخ الإسلام، قال ﵀ في مجموع الفتاوى (٢١/ ٧٥): (ودعوى أن الأصل في الأرواث النجاسة ممنوع؛ فلم يدل على ذلك لا نص ولا إجماع، ومن ادعى أصلًا بلا نص ولا إجماع فقد أبطل، وإذا لم يكن معه إلا القياس؛ فروث ما يؤكل لحمه طاهر؛ فكيف يدعى أن الأصل نجاسة الأرواث؟).

(٢) نظر: الفروع (١/ ٩٠).

(٣) لم نجد أثر عن ابن عمر في عدم اعتداده بالركعة عند الشك في إدراك الركوع، ولعله يشير إلى ما أخرجه عبد الرزاق (٣٣٦١)، والبيهقي (٢٥٨٠)، عن ابن عمر ﵄ أنه =

وقال صاحب «التَّلخيص»: يحتمل وجهين: أحدهما أنَّه يعتدُّ له بها؛ لأنَّ الأصل بقاء الإمام في الرُّكوع.

ومنها: إذا شكَّ: هل ترك واجبًا في الصَّلاة؛ فهل يلزمه السُّجود؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه، لأنَّ الأصل عدم الإتيان به.

والثَّاني: لا؛ لأنَّ الأصل عدم لزوم السُّجود.

ومنها: إذا كان ماله غائبًا، فإن كان منقطعًا خبره؛ لم يجب إخراج زكاته، وإن لم يكن خبره منقطعًا؛ كالمودَع ونحوه؛ ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان.

والمنصوص عن أحمد في رواية مهنَّى: أنَّه لا يجب، وعلَّل: بأنَّه لا ندري لعلَّ المال ذهب.

وبنى بعض الأصحاب هذا الخلاف على الخلاف في محلِّ الزَّكاة، فإن قلنا: العين؛ لم يجب الإخراج حتَّى يقبضها ويتمكَّن من الإخراج منها.

وإن قلنا: الذِّمَّة؛ وجب الإخراج من غيرها.

ويتوجَّه عندي: أن يتخرَّج في وجوب الزَّكاة في المال المنقطِع خبرُه وجهان؛ بناء على محلِّ التَّعلُّق، فإن قلنا: هو العين؛ وجب؛ لأنَّ الأصل بقاؤها، لكن لا يلزم إخراج الزَّكاة حتَّى يقبض؛ كالدَّين، وإن

= قال: «إذا أدركت الإمام راكعًا، فركعت قبل أن يرفع؛ فقد أدركت، وإن رفع قبل أن تركع؛ فقد فاتتك»، وإسناده صحيح.

قلنا: هو الذِّمَّة؛ لم يجب؛ لأنَّ الأصل براءة الذِّمَّة، وقد شكَّ في اشتغالها، وأمَّا إن قلنا: لا تجب الزَّكاة في المال الضَّالِّ والمغصوب؛ فهذا مثله.

ومنها: العبد الآبق المنقطع خبره؛ هل تجب فطرته أم لا؟

المنصوص عن أحمد في رواية صالح: أنَّه لا يجب؛ لأنَّ الأصل براءة الذِّمَّة والفطرة في الذِّمَّة.

ويتخرَّج لنا وجه آخر: أنَّه تجب فطرته(١)؛ بناء على جواز عتقه؛ لأنَّ الأصل بقاؤه.

ومنها: جواز عتقه في الكفَّارة، والمشهور: عدمه، وذكر أبو الخطَّاب احتمالًا بالإجزاء؛ لأنَّ الأصل بقاؤه.

وذكر ابن أبي موسى في «شرح الخرقيِّ» في المسألة وجهين عن الأصحاب، وصحَّح عدم الإجزاء؛ لأنَّ الأصل بقاء الكفَّارة في الذِّمَّة، وقد عضده الظَّاهر الدَّالُّ على هلاك العبد من انقطاع خبره؛ فرجَّح هذا الأصل باعتضاده بهذا الظَّاهر.

وأيضًا؛ فالكفَّارة ثابتة في الذِّمَّة، وقد شكَّ في وقوع العتق عنها؛ فلا يسقط بمجرَّد ذلك.

ومنها: إذا ظهر بالمبيع عيب، واختلفا؛ هل حدث عند المشتري أو عند البائع؟ ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول البائع؛ لأنَّ الأصل سلامة المبيع، ولزوم

---

(١) قوله: (فطرته) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ).

البيع بالتَّفرُّق.

والثَّانية: القول قول المشتري؛ لأنَّ الأصل عدم القبض المُبْرِئ.

وأطلق أكثر الأصحاب هذا الخلاف.

وفرَّق بعضهم بين أن يكون البيع عينًا معيَّنة، أو في الذِّمَّة، فإن كان في الذِّمَّة؛ فالقول قول القابض وجهًا واحدًا؛ لأنَّ الأصل اشتغال ذمَّة البائع[١]، ولم تثبت براءتها.

ومنها: من لزمه ضمان قيمة عين، فوصفها بعيب ينقُصُ القيمةَ، وأنكر المستحِقُّ، فهل يقبل قوله في دعوى العيب؛ لأنه غارم والأصل براءة ذمَّته، أو قول خصمه في إنكار العيب؛ لأنَّ الأصل عدمه؟ على وجهين.

ومنها: إذا آجَرَه عبدًا وسلَّمه إليه، ثمَّ ادَّعى المستأجر أنَّ العبد أَبَق من يده، وأنكر المؤْجِر؛ ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول المؤْجِر، نقلها حنبل؛ لأنَّ الأصل عدم الإباق، وأنَّ المؤْجِرَ ملك الأجرة كلَّها بالعقد.

والثَّانية: القول قول المستأجر، نقلها ابن منصور[٢]؛ لأنَّ الأصل عدم تسليمه[٣] المنفعة المعقود عليها.

ولو ادَّعى أنَّ العبد مرض؛ فالقول قول المؤْجِر، نصَّ عليه في رواية

---

(١) في (ب) و(و): اشتغال الذِّمَّة ذمة البائع.

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩١٥).

(٣) في (ب) و(د) و(هـ) و(و): تسليم. وفي (ج) و(ن): تسلُّم.

ابن منصور[١]، مفرِّقًا بينه وبين الإباق؛ لأنَّ المرض يمكن إقامة البيَّنة عليه، بخلاف الإباق.

ومنها: إذا ضُرب للعنين الأجل، واختلفا في الإصابة، والمرأة ثيِّب؛ فهل القول قول الزَّوجة؛ لأنَّ الأصل عدم الوطء، أو القول[٢] قول الزَّوج؛ لأنَّ الأصل عدم ثبوت الفسخ؟ على روايتين.

وعنه رواية ثالثة: أنَّه يخلَّى معها، ويؤمر بإخراج مائه، وهذا يرجع إلى ترجيح الظَّاهر على الأصل.

ومنها: إذا أسلم الزَّوجان بعد الدُّخول، فقال الزَّوج: أسلمتِ في عدَّتِكِ؛ فالنِّكاح باقٍ، وقالت: بل أسلمتُ بعد انقضاء عدَّتي؛ فوجهان[٣]:

أحدهما: القول قوله؛ لأنَّ الأصل بقاء النِّكاح.

والثَّاني: أنَّ القول قولها؛ لأنَّ الأصل عدم إسلامه في العدَّة.

ومنها: إذا قال: أسلمتُ قَبْلَكِ؛ فلا نفقة لك، وقالت: بل أسلمتُ قَبْلَكَ؛ فلي النَّفقة؛ وفيه وجهان أيضًا:

أحدهما: القول قولها؛ لأنَّ الأصل وجوب النَّفقة.

والثَّاني: القول قوله؛ لأنَّ النَّفقة إنَّما تجب بالتَّمكين من الاستمتاع[٤]، والأصل عدم وجوده، كذا ذكر صاحب «الكافي».

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩١٦).

(٢) قوله: (القول) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن).

(٣) في (أ): فوجهان أيضًا.

(٤) في (أ) و(ب): الاستحقاق. والمثبت موافق لما في الكافي (٣/ ٥٥).

وعلَّل القاضي: بأنَّ النَّفقة تجب يومًا فيومًا؛ فالأصل[(١)] عدم وجوبها.

وينتقض التَّعليلان بالاختلاف في النُّشوز.

ومنها: إذا علَّق الطَّلاق على عدم شيء، وشكَّ في وجوده؛ فهل يقع الطَّلاق؟ على وجهين:

أصحُّهما: أنَّه لا يقع، وهو المذهب عند صاحب «المحرَّر»؛ لأنَّ الأصل بقاء النِّكاح، وعدم وقوع الطَّلاق.

والثَّاني: يقع، ونقل مهنَّى عن أحمد ما يدلُّ عليه فيمن حلف ليأكلنَّ[(٢)] تمرة، فاختلطت في تمر كثير: (إن لم يأكله كلَّه حنِث)، وبذلك جزم ابن أبي موسى والشِّيرازيُّ والسَّامريُّ، ورجَّحه ابن عقيل في «فنونه»[(٣)]؛ لأنَّ الأصل وجود شرط الطَّلاق، وهو العدم المعلَّق عليه[(٤)].

---

(١) في (أ) و(هـ): والأصل.

(٢) في (ب): لا يأكلن.

(٣) قوله: (ورجحه ابن عقيل في فنونه) سقط من (ب).

(٤) زاد في (أ) و(د) و(و) و(ن) و(هـ): (وذكر القاضي في «الجامع الكبير» ما يدلُّ على أنَّه إن وجد ما يدلُّ على انتفائه ظاهرًا؛ وقع الطَّلاق، وإن وجد ما يدلُّ على وجوده ظاهرًا؛ فوجهان؛ لأنَّ الأصل وجود شرط الطَّلاق، وهو العدم المعلَّق عليه)، وسقطت من (ب) و(ج)، وكتب على هامش (ن): (من قوله: "وذكر القاضي" إلى قوله: "المعلق عليه" ليس ثابت في النسخة المعتمدة، وهو الظاهر، فإن ما بعده ليس منه).

وهذا الخلاف إنَّما هو فيما إذا استمرَّ الشَّكُّ، ولم يوجد ما يدلُّ على بقاء العدم ولا على انتفائه؛ فإن وجد ما يدلُّ على بقائه يقينًا؛ وقع الطَّلاق بغير خلاف.

وإن وجد ما يدلُّ على بقائه ظاهرًا، وكان حجَّة شرعيَّة يجب قبولها؛ فكذلك.

وإن كان أمارة محضة؛ وقع أيضًا على المشهور.

وإن وجد ما يدلُّ على انتفاء العدم يقينًا؛ لم يقع الطَّلاق بغير خلاف.

وإن وجد ما يدلُّ على انتفائه ظاهرًا؛ فوجهان على قولنا: بوقوع الطَّلاق مع استمرار الشَّكِّ المساوي.

ومنها: لو قَتَل من لا يعرف، ثمَّ ادَّعى رقَّه أو كفره، وأنكر الوليُّ ذلك؛ فهل يقبل قوله؛ لأنَّ الأصل عصمة دمه، أو قول الوليِّ؛ لأنَّ الأصل في القتل إيجاب القصاص إلَّا أن يمنع مانع، ولم يتحقَّق وجود المانع؟ على وجهين، أشهرهما الثَّاني.

وحُكي الأوَّل عن أبي بكر.

وكذا الخلاف فيما إذا جنى على عضو، ثمَّ ادَّعى شلله، وأنكر المجنيُّ عليه.

لكن المحكي عن أبي بكر ههنا: أنَّ القول قول المنكر.

وكذلك الوجهان إذا قدَّ ملفوفًا نصفين، ثمَّ ادَّعى أنَّه كان ميِّتًا، وأنكر الوليُّ؛ لأنَّ الأصل عصمة الدَّم، والأصل حياة المقدود.

وكذا الوجهان لو جنى على بطن حامل، فألقت ولدًا لوقت يعيش المولود في مثله، واختلفا في حياته عند الوضع لتعارض أصل الحياة وبراءة الذِّمَّة.

وكذا الوجهان لو زاد في القصاص من الجراح، وقال: إنَّما حصلت الزِّيادة باضطراب المقتصِّ منه، وأنكر ذلك؛ لأنَّ الأصل عدم الاضطراب ووجوب الضَّمان، والأصل براءة ذمَّته، وما يدَّعيه محتمل.

ومنها: لو شهدت بيِّنة بالنِّكاح، وقد ثبت الطَّلاق؛ فهل يجب به جميع المهر، أم نصفه فقط؟ على وجهين:

أحدهما: يجب المهر كلُّه؛ لأنَّه وجب بالعقد، ولم يثبت له مسقط ولا لبعضه، وهو مقتضى قول أبي الخطَّاب وصاحب «المحرَّر».

والثَّاني: يجب نصف المهر فقط؛ لأنَّ النِّصف الآخر لا يستقرُّ إلَّا بالدُّخول، ولم يتحقَّق، والأصل عدمه، وهو قول القاضي.

وقال صاحب «المغني»: إن أنكر الزَّوج الدُّخول؛ فالقول قوله في تنصُّف المهر، وإلَّا فالقول قولها في وجوبه كلِّه.

ومنها: إذا رمى صيدًا فجرحه، ثمَّ غاب عنه ووجده ميِّتًا ولا أثر به غير سهمه، أو جرحه جرحًا موحيًا، ثمَّ سقط في ماء ونحوه؛ فهل يباح؟ على روايتين؛ لأنَّ الأصل عدم مشاركة سبب آخر في قتله، والأصل تحريم الحيوان حتَّى يتيقَّن سبب إباحته، لكنَّ الأصل الأوَّل معتضد بأنَّ الظَّاهر موته بهذا السَّبب دون غيره.

ومنها: إذا جاء بعض العسكر بمشرك، فادَّعى المشرك أنَّ المسلم أمَّنه، وأنكر؛ ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول المسلم في إنكار الأمان؛ لأنَّ الأصل عدم الأمان.

والثَّانية: القول قول المشرك؛ لأنَّ الأصل في الدِّماء الحظر إلَّا بيقين الإباحة، وقد وقع الشَّكُّ هنا فيها.

وفيه رواية ثالثة: أنَّ القول قول من يدلُّ الحال على صدقه منهما؛ ترجيحًا لأحد الأصلين بالظَّاهر الموافق له.

وقريبٌ من هذه المسألة: إذا دخل حربيٌّ دار الإسلام، وادَّعى أنَّ بعض المسلمين عقد له أمانًا؛ هل يقبل قوله؟ على وجهين ذكرهما صاحب «المغني».

ونصَّ أحمد: (أنَّه إذا ادَّعى أنَّه جاء مستأمنًا، فإن كان معه سلاح؛ لم يقبل منه، وإلَّا قُبل)[١]، فيُخرَّج ههنا مثله.

---

(١) ينظر: الكافي (٤/ ١٦٣).

قاعدة [١٥٩]

إذا[١] **تعارض الأصل والظَّاهر:**

فإن كان الظَّاهر حجَّة يجب قبولها شرعًا؛ كالشَّهادة والرِّواية والإخبار؛ فهو مقدَّم على الأصل بغير خلاف.

وإن لم يكن كذلك، بل كان مستندُه العرفَ، أو[٢] العادةَ الغالبةَ، أو القرائنَ، أو غلبةَ الظَّنِّ، ونحوَ ذلك:

فتارة يعمل بالأصل، ولا يلتفت إلى هذا الظَّاهر.

وتارة يعمل بالظَّاهر، ولا يلتفت إلى الأصل.

وتارة يخرَّج في المسألة خلاف.

فهذه أربعة أقسام:

القسم الأوَّل: ما ترك فيه العمل بالأصل للحجَّة الشَّرعيَّة، وهي قول من يجب العمل بقوله، وله صور كثيرة جدًّا:

منها: شهادة عدلين بشغل ذمَّة المدَّعى عليه.

ومنها: شهادة عدلين ببراءة ذمَّة من علم اشتغال ذمَّته بدَيْن ونحوه.

---

(١) في (أ) و(ج) و(هـ): وإذا.

(٢) قوله: (أو) سقطت من (أ).

ومنها: إخبار الثِّقة العدل بأنَّ كلبًا ولغ في هذا الإناء.

ومنها: إخباره بدخول وقت الصَّلاة.

ومنها: شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان؛ فإنَّه مقبول على ظاهر المذهب.

وفيه رواية أخرى: أنَّه[1] لا بدَّ من شهادة عدلين؛ كسائر الشُّهود.

وفرَّق أبو بكر بين أن يراه في المصر؛ فلا يقبلُ، وبين أن يراه خارجًا من المصر ثمَّ يَقدَمَ إلى المصر؛ فيقبل خبره.

ومنها: إخبار الثِّقة بطلوع الفجر في رمضان؛ فإنَّه يحرِّم الطَّعام والشَّراب والجماع.

ومنها: إخباره بغروب الشَّمس في رمضان؛ فإنَّه يبيح الفطر، صرَّح به الأصحاب، ولم يجعلوه كالشَّهادة على هلال شوَّال، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنَّ وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب، فإذا ثبت دخول وقت[2] الصَّلاة بإخبار الثِّقة؛ ثبت دخول وقت الإفطار تبعًا له، وقد يثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا، بخلاف الشَّهادة بهلال شوَّال.

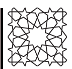
والثَّاني: أنَّ إخبار الثِّقة تقارنه[3] أمارات تشهد بصدقه؛ لأنَّ وقت الغروب يتميَّز[4] بنفسه، وعليه أمارات تورث غلبة ظنٍّ، فإذا انضمَّ إليها

(١) قوله: (أنَّه) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ).

(٢) قوله: (دخول وقت) هو في (أ): وقت دخول.

(٣) في (أ): تقاربه. وفي (هـ) و(ن): يقارنه.

(٤) في (ب): مميز.



إخبار الثِّقة؛ قوي الظَّنُّ، وربَّما أفاد العلم، بخلاف هلال الفطر؛ فإنَّه لا أمارة عليه.

وفي «صحيح ابن حبَّان» من حديث سهل بن سعد، قال: كان النَّبيُّ ﷺ إذا كان صائمًا؛ أمر رجلًا فأوفى على شيء، فإذا قال: قد غابت الشَّمس؛ أفطر[١].

وصحَّ عن ابن عبَّاس: أنَّه كان يضع طعامه عند الفطر في رمضان، ويبعث مرتئيًا يرقب الشَّمس، فإذا قال: وجبت؛ قال: كلوا[٢].

ومن ذلك: قبول قول الأمناء ونحوهم ممَّن يقبل قوله في تلف ما اؤتمن عليه من مال أو غيره.

ومنه أيضًا: قبول قول المعتدَّة في انقضاء عدَّتها بالأقراء، ولو في شهر في أحد الوجهين.

والمنصوص: أنَّه لا يقبل إلَّا بالبيِّنة في الشَّهر.

وفرَّق صاحب «التَّرغيب» بين من لها عادة منتظمة؛ فلا تقبل مخالفتها إلَّا ببيِّنة، بخلاف من لا عادة لها.

وفي «الفنون» لابن عقيل: لا تقبل مع فساد النِّساء إلَّا ببيِّنة تشهد أنَّ هذه عادتها، أو أنَّها رأت الحيض على هذا المقدار، وتكرَّر ثلاثًا.

القسم الثَّاني: ما عمل فيه بالأصل، ولم يلتفت إلى القرائن الظَّاهرة ونحوها.

---

(١) أخرجه ابن حبان (٣٥١٠)، وأخرجه ابن خزيمة (٢٠٦١)، والحاكم (١٥٨٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧٥٩٧)، وابن أبي شيبة (٨٩٤٣).

وله صور كثيرة:

منها: إذا ادَّعت الزَّوجة بعد طول مقامها مع الزَّوج: أنَّه لم يوصلها النَّفقة الواجبة ولا الكسوة؛ فقال الأصحاب: القول قولها مع يمينها، لأنَّ الأصل معها، مع أنَّ العادة تُبعد ذلك جدًّا.

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين: الرُّجوع إلى العادة هنا، وخرَّجه وجهًا من المسائل المختلف فيها كما سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى، قال: (فإذا[١] وجد معها نظير الصَّداق أو الكسوة، ولم يُعلَم لها سببٌ تَملِكُ ذلك به من غير الزَّوج؛ فينبغي أن يخرَّج على وجهين، كما إذا أصدقها تعليم سورة، ثمَّ وجدت متعلِّمة لها بعد مدَّة، وقالت: لم يعلِّمني الزَّوج، وادَّعى هو أنَّه علَّمها؛ فإنَّ في المسألة وجهين)[٢].

ومنها: إذا تيقَّن الطَّهارة أو النَّجاسة في ماء، أو ثوب، أو أرض، أو بدن، وشكَّ في زوالها، فإنَّه يبني على الأصل إلى أن يتيقَّن زواله، ولا يكتفي في ذلك بغلبة ظنٍّ ولا غيره.

وكذلك لو تيقَّن حدثًا أو نجاسة، وغلب على ظنِّه زوالهما؛ فإنَّه يبني على الأصل.

وكذلك في النِّكاح والطَّلاق وغيرهما.

ومنها: إذا شكَّ في طلوع الفجر في رمضان؛ فإنَّه يباح له الأكل حتَّى يتيقن طلوعه، نصَّ عليه أحمد[٣]، ولا عبرة في ذلك بغلبة الظَّنِّ

(١) في (ب): وإذا.

(٢) ينظر: الفروع (٩/ ٣٠٢).

(٣) ينظر: مسائل أبي داود (ص١٣٤).

بالقرائن ونحوها، ما لم يكن مستندًا إلى إخبار ثقة بالطُّلوع.

ومنها: إذا زنى من له زوجة وولد، فأنكر أن يكون وطئ زوجته؛ قال أصحابنا: لا يُرجم؛ لأنَّ الأصل عدم الوطء، ولحوق النَّسب يثبت بمجرَّد الإمكان ووجود الفراش.

القسم الثَّالث: ما عُمِل فيه بالظَّاهر ولم يلتفت إلى الأصل، وله صور:

منها: إذا شكَّ بعد الفراغ من الصَّلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها؛ فإنَّه لا يلتفت إلى الشَّكِّ، وإن كان الأصل عدم الإتيان به وعدم براءة الذِّمَّة؛ لكنَّ الظَّاهر من أفعال المكلَّفين للعبادات: أن تقع على وجه الكمال؛ فرُجِّح هذا الظَّاهر على الأصل.

ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن أحمد.

وفي الوضوء وجه: أنَّ الشَّكَّ في ترك بعضه بعد الفراغ كالشَّكِّ في ذلك[(١)] قبل الفراغ؛ لأنَّ حكمه باقٍ بعد الفراغ منه، بخلاف الصَّلاة وغيرها.

ومنها: لو صلَّى ثمَّ رأى عليه نجاسة، وشكَّ: هل لحقته قبل الصَّلاة أو بعدها، وأمكن الأمران؛ فالصَّلاة صحيحة، وإن كان الأصل عدمَ انعقاد الصَّلاة وبقاءَها في الذِّمَّة حتَّى يتيقَّن صحَّتها، لكن حُكِم بالصِّحَّة؛ لأنَّ الظَّاهر صحَّة أعمال المكلَّف وجريانها على الكمال.

وعَضَد ذلك: أنَّ الأصل عدم مقارنة الصَّلاة للنَّجاسة؛ فتَرجِعُ

(١) قوله: (في ذلك) سقط من (أ).

المسألة حينئذ إلى تعارض أصلين، ورُجِّح(١) أحدهما بظاهرٍ يعضده.

ومنها: إذا اختلف المتبايعان بعد العقد في بعض شرائط صحَّة العقد؛ كما إذا ادَّعى البائع أنَّه كان صبيًّا، أو غير مأذون له، أو غير ذلك، وأنكر المشتري؛ فالقول قول المشتري على المذهب[١]، ونصَّ عليه أحمد في صورة دعوى الصِّغر في رواية ابن منصور(٢)؛ لأنَّ الظَّاهر وقوع العقود على وجه الصِّحَّة دون الفساد؛ وإن كان الأصل عدم البلوغ والإذن.

وذكر الأصحاب وجهًا آخر في دعوى الصِّغر: أنَّه يقبل؛ لأنَّه لم يثبت تكليفه، والأصل عدمه، بخلاف دعوى عدم الإذن من المكلَّف؛ فإنَّ المكلَّف لا يتعاطى في الظَّاهر إلا الصَّحيح.

وقال(٣) الشَّيخ تقيُّ الدِّين: وهكذا يجيء في الإقرار وسائر(٤) التَّصرُّفات إذا اختلفا(٥)؛ هل وقعت بعد البلوغ أو قبله؟ لأنَّ الأصل في

---

[١] كتب على هامش (ن): (وكما لو اختلفا بعد البيع في الرؤية؛ فالقول قول مدعيها؛ لادعائه الصحة، وهي الظاهر).

---

(١) في (ب) و(هـ): رجَّح. وفي (ج): فرجَّح.

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٣٠): قلت: قال الثوري: رجل باع بيعًا، فقال: لقد بعتك وأنا صغير، فقال المبتاع: بعتني وأنت بالغ، ولم تك بينة، قال: (البيع صحيح حتى يأتي المدعي بفساده).

(٣) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): قال.

(٤) في (ب): سائر.

(٥) في (ب): اختلفنا.

العقود الصِّحَّة، فإمَّا أن يقال: إنَّ[١] هذا عامٌّ، وإمَّا أن يفرَّق بين أن يُتيقَّن أنَّه وقت التَّصرُّف كان مشكوكًا فيه غير محكوم ببلوغه، أو لا يُتيقَّن، فإنَّا مع تيقُّن الشَّكِّ قد تيقَّنَّا صدور التَّصرُّف ممَّن لم تثبت أهليته، والأصل عدمها؛ فقد شَكَكْنا في شرط الصِّحَّة، وذلك مانع من الصِّحَّة.

وأمَّا في الحالة الأخرى؛ فإنَّه يجوز صدوره في حال الأهليَّة وحال عدمها، والظَّاهر صدوره وقت الأهليَّة، والأصل عدمه قبل وقتها؛ فالأهليَّة هنا متيقَّن وجودها.

ثمَّ ذكر أنَّ من لم يقرَّ بالبلوغ حتَّى تعلَّق به حقٌّ مثل إسلامه بإسلام أبيه، أو ثبوت الذِّمَّة له تبعًا لأبيه، أو بعد تصرُّف الوليِّ له، أو تزويج وليٍّ أبعد منه لموليَّته؛ فهل يُقبَل منه دعوى البلوغ حينئذٍ، أم لا؛ لثبوت هذه الأحكام المتعلِّقة به في الظَّاهر قبل دعواه؟

وأشار إلى تخريج المسألة على الوجهين فيما إذا ارتجع الرَّجعيَّةَ زوجُها، فقالت: قد انقضت عدَّتي.

وشبَّهه[٢] بما إذا ادَّعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهرًا - كاللَّقيط - الكفرَ[٣] بعد البلوغ؛ فإنَّه لا يُسمع منه على الصَّحيح.

وكذا لو تصرَّف المحكوم بحريَّته ظاهرًا كاللَّقيط، ثمَّ ادَّعى الرِّقَّ؛ ففي قبول قوله خلاف معروف[٤].

---

(١) قوله: (إنَّ) سقط من (أ) و(ج) و(هـ) و(و).

(٢) في (ب) و(ن): وشبَّهها. وزيد في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): (أيضًا)، وضُرب عليه في (أ).

(٣) في (ب): الكافر.

(٤) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٥٢٨).

ومنها: إذا غلب على ظنِّه دخول وقت الصَّلاة؛ فإنَّه تصحُّ صلاته، ولا يشترط أن يتيقَّن دخوله في ظاهر المذهب.

وحُكي عن ابن حامد: أنَّه يعتبر التَّيقُّن.

ومنها: الفطر في الصِّيام؛ يجوز بغلبة ظنِّه[١] غروبَ الشَّمس في ظاهر المذهب.

ومن الأصحاب من قال: لا يجوز الفطر إلَّا مع تيقُّن الغروب، وبه جزم صاحب «التَّلخيص».

والأوَّل أصحُّ؛ لأنَّ الوقت عليه أمارات يُعرَف بها؛ فاكتُفي فيه بالظَّنِّ الغالب، بخلاف ما لا أمارة عليه؛ من إتمام الصَّلاة، والطَّهارة، والحدث ونحوها.

وأيضًا؛ فالصَّلاة والطَّهارة ونحوهما، كلٌّ منهما عبادة فعليَّة مطلوبة الوجود، فإذا شكَّ في فعل شيء منها؛ فالأصل عدمه؛ فلا يخرج من عهدته إلَّا بيقين، والصَّوم عبادة هي ترك وكفٌّ عن محظورات خاصَّة، فمتى لم يتيقَّن وقوع محظوراتها في وقتها؛ لم يحكم ببطلانها، وإنَّما مُنِع من الخروج منها بمجرَّد الشَّكِّ المساوي؛ لأنَّ الأصل بقاء الصَّوم، ولم يترجَّح ظنٌّ يعارضه، فإذا ترجَّح الظَّنُّ؛ عُمِل به ولم يحكم ببطلانه بوقوع محظوراته حينئذٍ، لا سيَّما وفعل محظوراته مع ترجُّح ظنِّ انقضائه مطلوبٌ شرعًا على الأظهر، ولهذا جاز الأكل أو استُحِبَّ مع ظنٍّ[٢]

(١) في (ب) و(و) و(ن): ظنِّ. وفي (ج) و(هـ): الظَّنِّ.

(٢) قوله: (ظنٍّ) سقط من (ب) و(ج).

طلوع الفجر حتَّى يتحقَّق طلوعه كما سبق.

والفرق بينه وبين وقت الصَّلاة من وجهين:

أحدهما: أنَّ الصَّلاة يجوز فعلها مع غلبة ظنٍّ دخول وقتها، ولا يجب، وكذلك الصِّيام يجوز الإمساك بنيَّة الصَّوم مع غلبة ظنٍّ طلوع الفجر، ولا يجب، فهما سواء.

والثَّاني: أنَّ الصَّلاة عبادة فعليَّة لا يستغرق مجموع وقتها، بل يفعل في جزء منه، فإذا فُعِلت في زمن يغلب على الظَّنِّ أنَّه من وقتها؛ كفى.

والصَّوم عبادة يستغرق زمنها، وهي من باب الكَفِّ والتُّروك، لا من باب الأعمال؛ فيكفي اشتراط الكفِّ عن محظوراتها في زمانها المحقَّق دون المشكوك فيه، ولا يبطل بفعل شيء من محظوراتها في زمن لا يتحقَّق أنَّه وقت للصِّيام، إلَّا أن يكون الأصل بقاء وقت الصِّيام، ولم يغلب على الظَّنِّ خروجه؛ فلا يباح حينئذ الإقدام على الإفطار، ولا تبرأ الذِّمَّة بمجرَّد ذلك، وهذا كما قلنا فيمن صلَّى ثمَّ رأى عليه نجاسة يمكن أنَّها لحقته بعد الصَّلاة سواء.

ومنها: أنَّ المستحاضة المعتادة ترجع إلى عادتها، وإن لم يكن لها عادة؛ فإلى تمييزها[١]، وإن لم يكن لها عادة ولا تمييز[٢]؛ رجعت إلى غالب عادات النِّساء، وهي ستٌّ أو سبع على الصَّحيح؛ لأنَّ الظَّاهر مساواتها لهنَّ؛ وإن كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذٍ.

---

(١) في (ب): تميُّزها.

(٢) في (ب): تميُّز.

ومنها: امرأة المفقود تُزوَّج بعد انتظار أربع سنين، ويُقسَم ماله حينئذٍ؛ لأنَّ الظاهر موته؛ وإن كان الأصل بقاءه، لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده، أو لا يثبت إلَّا من حين إباحة أزواجه وقسمة ماله؟ على وجهين، ينبني عليهما: لو مات له في مدَّة انتظاره[١] من يرثه؛ فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟

ونصَّ أحمد على أنَّه يزكَّى ماله بعد مدِّة انتظاره؛ معلِّلًا: بأنَّه مات وعليه زكاة.

وهذا[٢] يدلُّ على أنَّه لا يحكم له بأحكام الموتى إلَّا بعد المدَّة، وهو الأظهر.

ويلتحق بهذا: أنَّ امرأة المفقود بعد مدَّة انتظاره تعتدُّ للوفاة، ثمَّ تباح للأزواج؛ فهل تجب لها النَّفقة من ماله في مدَّة العدَّة كما في مدَّة الانتظار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجب، وهو الَّذي ذكره ابن الزَّاغونيِّ في «الإقناع»، وقال أبو البركات في «الشَّرح»: هو قياس المذهب عندي؛ لأنَّه حُكِم بوفاته بعد مدَّة الانتظار؛ فصارت معتدَّة للوفاة.

والثَّاني: تجب لها النَّفقة، قاله القاضي[٣]؛ لأنَّ النَّفقة لا تسقط إلَّا بيقين[٤] الموت، ولم يوجد ههنا.

---

(١) في (ب): الانتظار.

(٢) في (ب): فهذا.

(٣) زاد في (ب) و(ن): (وهو نصُّ أحمد).

(٤) في (ب): بتيقُّن.

وكذا ذكر صاحب «المغني»، وزاد: أنَّ نفقتها لا تسقط بعد العدَّة أيضًا؛ لأنَّها باقية على نكاحه ما لم تتزوَّج أو يفرِّق الحاكم بينهما.

ومنها: أنَّ النَّوم المستثقِل ينقض الوضوء؛ لأنَّه مَظِنَّة خروج الحدث؛ وإن كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطَّهارة.

وحكى ابن أبي موسى في «شرح الخرقيِّ» وجهًا آخر: أنَّ النَّوم نفسه حدث، لكن يعفى[(١)] عن يسيره؛ كالدَّم ونحوه.

ومنها: إذا زنى من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين، وادَّعى الجهل بتحريم الزِّنى؛ لم يُقبل قوله؛ لأنَّ الظَّاهر يُكذِّبه، وإن كان الأصل عدم علمه بذلك.

ومثله: إذا ادَّعت المعتَقة تحت عبدٍ الجهلَ بالعتق أو بثبوت الخيار، ومثلها لا يجهل ذلك؛ فإنَّه لا يقبل قولها.

ومنها: إذا زوَّج الوليُّ امرأة يعتبر إذنها لصحَّة العقد، ثمَّ أنكرت الإذن؛ فإن كان بعد الدُّخول؛ لم يقبل قولها؛ لأنَّ تمكينها يكذِّبها.

وإن كان قبله؛ فإن كان إذنها السُّكوت[(٢)]، وادَّعت أنَّ سكوتها كان حياء لا رضًا؛ لم يقبل قولها، نصَّ عليه أحمد في رواية الأثرم؛ لأنَّ السُّكوت في حكم الشَّارع إقرار ورضًا؛ فلا يُسمَع دعوى خلافه.

وإن كان[(٣)] ادَّعت أنَّها ردَّت، أو كان إذنها النُّطق فأنكرته؛ فقال

(١) في (أ): لا يعفى.
(٢) زيد في (ب): (أو أقرَّت بأنَّها سكتت، ولكن)، وضُرب عليها في (أ).
(٣) قوله: (كان) سقط من (ب) و(ج) و(هـ) و(ن).

القاضي: القول قولها؛ لأنَّ الأصل معها، ولم يوجد ظاهر يخالفه.

ومنها: لو ادَّعت امرأة على رجل أنَّه تزوَّجها في يوم معيَّن بمهر مسمًّى، وشهد به شاهدان، ثمَّ ادَّعت عليه أنَّه تزوَّجها في يوم آخر معيَّن[١] بمهر مسمًّى، وشهد به شاهدان، ثمَّ اختلفا؛ فقالت المرأة: هما نكاحان؛ فلي المهران[٢]، وقال الزَّوج: بل هما[٣] نكاح واحد تكرَّر عقده؛ فالقول قول الزَّوجة؛ لأنَّ الظَّاهر معها.

وكذا لو شهدت بيِّنة أنَّه باعه هذا الثَّوب في يوم كذا بثمنٍ، وشهدت[٤] بيِّنة أخرى أنَّه باعه منه بثمنٍ في يوم آخر[٥]، فقال المشتري: هو عقد واحد كرَّرناه، وقال البائع: بل عقدان؛ فالقول قوله؛ لأنَّ الظَّاهر معه، ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: ينبغي أن يكون القول قول الزَّوج؛ لأنَّ الأصل عدم الفرقة بينهما، والأصل براءته من المهر الثَّاني[٦].

القسم الرَّابع: ما خرج[٧] فيه خلاف في ترجيح الظَّاهر على

(١) قوله: (معيَّن) سقط من (ب) و(ن).
(٢) قوله: (فلي المهران) هو في (ب): على المهرين.
(٣) قوله: (هما) سقط من (ب) و(ج) و(هـ).
(٤) قوله: (بيِّنة أنَّه باعه هذا الثَّوب في يوم كذا بثمن، وشهدت) سقط من (أ).
(٥) قوله: (بثمن في يوم آخر) هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): في يوم آخر بثمن.
(٦) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٣٣٢).
(٧) في (أ): ما خرج ما.

الأصل، وبالعكس، ويكون ذلك غالبًا عند تقاوم الظَّاهر والأصل وتساويهما.

وله صور كثيرة:

منها: إذا سُخِّن الماء بنجاسة، وغلب على الظَّنِّ وصول الدُّخان إليه؛ ففي كراهته وجهان، أشهرهما: أنَّه يكره.

ومنها: لو أدخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء، وشكَّ؛ هل ولغ فيه أم لا؟ وكان فمه رطبًا؛ فهل يحكم بنجاسة الماء؛ لأنَّ الظَّاهر ولوغه، أم بطهارته؛ لأنَّها الأصل؟ على وجهين ذكرهما الأَزَجيُّ.

ومنها: إذا وقع في ماء يسير ما لا نفس له[(١)] سائلة، وشكَّ هل هو متولِّد من النَّجاسات أم لا؟ وكان هناك بئر وحُشٌّ:

فإن كان إلى البئر أقرب أو هو بينهما بالسَّويَّة؛ فهو طاهر.

وإن كان إلى الحشِّ أقرب؛ فوجهان:

أحدهما: أنَّه نجس.

والآخر: أنَّه طاهر ما لم يعاين خروجه من الحشِّ، نقل ذلك صاحب «المهمِّ» عن شيخه ابن تميم[(٢)].

---

(١) في (أ): لها.

(٢) كتاب المهم: هو شرح لمختصر الخرقي، وهو كتاب مفقود، قيل: يقع في ثمان مجلدات، وهو للفقيه الزاهد عبد الله بن أبي بكر، الحربي البغدادي، ويعرف بـ: كتيلة، تفقه على مجد الدين ابن تيمية، وابن تميم، وابن حمدان، وغيرهم. توفي سنة ٦٨١هـ. ينظر: تاريخ الإسلام ١٥/ ٤٥٠، ذيل الطبقات ٤/ ١٦٥.

وابن تميم: هو محمد بن تميم الحراني، أبو عبد الله، تفقه على مجد الدين =

ومنها: طين الشَّوارع، وفيه روايتان:

إحداهما: أنَّه طاهر، ونصَّ عليه أحمد في مواضع[(١)]، وجعله أبو البركات في «شرحه» المذهبَ؛ ترجيحًا للأصل، وهو الطَّهارة في الأعيان كلِّها.

والثَّانية: أنَّه نجس؛ ترجيحًا للظَّاهر، وجعله صاحب «التَّلخيص» المذهبَ؛ حتَّى حكى عن ظاهر كلام الأصحاب: أنه لا يعفى عن يسيره، وأبدى احتمالًا بالعفو عنه لمشقَّة الاحتراز، وحكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره، إلَّا ما تحقَّق نجاسته من الأرض؛ فلا يعفى عنه.

وذكر صاحب «المهمِّ» عن ابن تميم أنَّه قال: إذا كان الشِّتاء، ولم يتعيَّن موضع النَّجاسة؛ ففي نجاسة الأرض روايتان، فإذا جاء الصَّيف؛ حكم بطهارتها رواية واحدة.

وللمسألة أصول تنبني عليها:

أحدها: ما ذكرنا من تعارض الأصل والظَّاهر.

والثَّاني: طهارة الأرض وغسالتها بماء المطر وغيره إذا لم يبق

= ابن تيمية، وابن أبي الفهم، وتوفي وهو شاب (٦٧٥هـ تقريبًا)، وله المختصر المشهور بمختصر ابن تميم، وهو مطبوع. ينظر: ذيل الطبقات ٤/ ١١٣، المقصد الأرشد ٢/ ٣٨٦.

(١) من ذلك: ما في مسائل أبي داود (ص ٣٠): (سمعت أحمد سئل عن طين المطر يصيب الثوب؟ قال: أرجو أن كل شيء أصابه ماء السماء فلا بأس به، إلا أن يكون قذرًا بعينه. قال: فأفركه إذا جف؟ قال: نعم).

للنَّجاسة أثر، سواء كانت النَّجاسة الَّتي على الأرض أثرًا أو عينًا على الصَّحيح من المذهب[١].

و[**الثَّالث**](١): طهارة النَّجاسة بالاستحالة، وفي المذهب فيه خلاف ينبني عليه طهارة الطِّين إذا(٢) بقيت فيه عين النَّجاسة ثمَّ استهلكت فيه حتَّى ذهب أثرها.

و[**الرَّابع**](٣): طهارة الأرض بالجفاف والشَّمس والرِّيح، وقد توقَّف فيه أحمد، وذهب كثير من الأصحاب إلى عدم طهارتها بذلك.

وخالفهم صاحب «المحرَّر» في «شرح الهداية».

وينبني على ذلك: طهارة الأرض مع مشاهدة النَّجاسات فيها وإن لم يصبها الماء، والله أعلم.

ومنها: المقبرة المشكوك في نبشها إذا تقادم عهدها؛ هل يحكم بنجاستها؛ لأنَّ الظَّاهر نبشها، أو بطهارتها؛ لأنَّ الأصل عدمه؟ على وجهين.

ومنها: ثياب الكفَّار وأوانيهم، وفيها روايات عن أحمد:

---

[١] كتب في هامش (د): (صورة طهارة الأرض مع كون النجاسة عليها عينًا؛ كالبول إذا لم يبق له أثر بما جرت عليها من الماء على الصحيح. من محب الدين) أي: ابن نصر الله البغدادي، والله أعلم.

---

(١) في جميع النسخ: والثاني. وصوابه: والثالث. لدلالة السياق.

(٢) في (أ): فإذا.

(٣) في جميع النسخ: والثالث. وصوابه: والرابع. لدلالة السياق.

أحدها: الإباحة؛ ترجيحًا للأصل، وهو الطَّهارة.

والثَّانية: الكراهة؛ لخشية إصابة النَّجاسة لها؛ إذ هو الظَّاهر.

والثَّالثة: إن قوي الظَّاهر جدًّا؛ لم يجز استعمالها بدون غسل، ويتفرَّع على هذه الرِّواية روايتان:

إحداهما: أنَّه يُمنع من استعمال ما وَلِيَ عوراتهم من الثِّياب قبل غسله، دون ما علا منها.

والثَّانية: يُمنع من استعمال الأواني والثِّياب مطلقًا ممَّن يُحكم بأنَّ ذبيحته ميتة؛ كالمشركين والمجوس، دون غيرهم.

وقال الخرقيُّ في «شرحه» وابن أبي موسى: لا يجوز استعمال قدور النَّصارى؛ لاستحلالهم الخنزير.

وزاد الخرقيُّ: ولا أواني طبيخهم، دون أوعية الماء ونحوها ممَّا يبعد إصابته للنَّجاسة.

وزاد ابن أبي موسى: المنع من استعمال ثياب من لا تحلُّ ذبيحته؛ كالمجوس مطلقًا، وما سَفَل من ثياب أهل الكتاب ولصق بأبدانهم حتَّى يغسل.

ومنها: ثياب الصِّبيان ومن لا يتحرَّز من النَّجاسة، وفيها ثلاثة أوجه: الكراهة، وعدمها، والمنع حتَّى تغسل، وهو اختيار ابن أبي موسى.

ومنها: إذا شكَّ المصلِّي في عدد الرَّكعات، وفيه ثلاث روايات عن أحمد:

أحدها: أنَّه يبني على الأقلِّ(١)، وهو المتيقَّن؛ لأنَّ الأصل عدم الزِّيادة المشكوك فيها.

والثَّانية: يبني على غالب ظنِّه؛ للحديث الوارد في ذلك(٢).

والثَّالثة: إن قوي الظَّنُّ بإقرار غيره له عليه؛ بنى على غالب ظنِّه، وهو الإمام إذا أقرَّه المأمومون، وإن كان منفردًا؛ بنى على اليقين، وهي المشهورة في المذهب(٣).

فأمَّا(٤) إن سبَّح به اثنان من المأمومين؛ فإنَّه يرجع إليهما ما لم يتيقَّن صواب نفسه، على الرِّوايات كلِّها.

وقال ابن عقيل: إنَّما يرجع إليهما إذا قلنا: يبني(٥) على غالب ظنِّه؛ لأنَّ تنبيههما إنَّما يفيد غلبة الظَّنِّ.

والأوَّل أصحُّ؛ لأنَّ الرُّجوع إلى قولهما رجوع إلى بيِّنة شرعيَّة؛ فيترك الأصل لأجلها؛ كسائر البيِّنات الشَّرعيَّة، بخلاف غلبة الظَّنِّ المجرَّدة، وإذا جوَّزنا له العمل بالظَّنِّ الغالب؛ فإنَّه يجوز له تركه والعمل باليقين، صرَّح به القاضي في كتاب «أحكام القرآن» وغيره.

---

(١) في (د) و(هـ): الأوَّل. وكتب في هامش (د): (صوابه على الأقلِّ).

(٢) يشير إلى ما أخرجه البخاري (٤٠١)، ومسلم (٥٧٢)، من حديث ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعًا: «وإذا شك أحدكم في صلاته؛ فليتحر الصواب، فليتم عليه، ثم ليسجد سجدتين».

(٣) قوله: (في المذهب) سقط من (أ).

(٤) في (أ): وأمَّا.

(٥) في (ب): ينبني.

ولو شهد اثنان من المأمومين[(١)] على الإمام أنَّه أحدث في الصَّلاة، وأنكر هو وبقيَّة المأمومين؛ أعادوا الصَّلاة كلُّهم، نصَّ عليه في رواية مهنَّى[(٢)]، واحتجَّ بحديث ذي اليدين[(٣)].

ومنها: إذا شكَّ في عدد الطَّواف، وفيه روايتان:

إحداهما: يرجع إلى الأصل، وهو المتيقَّن.

والثَّانية: يرجع إلى غالب ظنِّه؛ كالصَّلاة.

فإن أخبره اثنان بما طاف؛ فهل يرجع إلى قولهما؟ على وجهين، والمنصوص: أنَّه يرجع إليهما.

وكذلك الوجهان لو أخبر المصلِّيَ من ليس معه في الصَّلاة، هل يرجع إليهما أم لا؟

وفي «المغني»: يرجع الطَّائف إلى خبر الثِّقة الواحد العدل؛ لأنَّه خبر ديني؛ فلا يشترط فيه العدد[(٤)]، وإنَّما اشترطنا العدد في الصَّلاة؛

---

(١) قوله: (من المأمومين) سقط من (أ) و(د) و(و).

(٢) ذكر في الفروع (٣/ ٢٧) أن أبا طالب هو الذي نقل عن أحمد ذلك.

(٣) أخرج البخاري (١٢٢٩)، ومسلم (٥٧٣)، من حديث أبي هريرة ﵁ قال: «صلى النبي ﷺ إحدى صلاتي العشي ركعتين، ثم سلم، ثم قام إلى خشبة في مقدم المسجد، فوضع يده عليها، وفيهم أبو بكر وعمر ﵄، فهابا أن يكلماه، وخرج سَرَعان الناس فقالوا: أَقَصُرت الصلاة؟ ورجل يدعوه النبي ﷺ ذو اليدين، فقال: أَنَسِيت أم قَصُرت؟ فقال: لم أَنْسَ ولم تُقصَر، قال: بلى قد نَسِيت، فصلى ركعتين، ثم سلم، ثم كبر، فسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع رأسه، فكبر، ثم وضع رأسه، فكبر، فسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع رأسه وكبر».

(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): التعدد.

لخبر ذي اليدين، فبقي ما عداها على الأصل.

ومنها: لو وجد في دار الإسلام ميِّت مجهول الدِّين، فإن لم يكن عليه علامة إسلام ولا كفر، أو تعارض فيه علامتا الإسلام والكفر؛ صُلِّي عليه، نصَّ عليه.

فإن كان عليه علامة الكفر خاصَّة؛ فمن الأصحاب من قال: يصلَّى عليه.

والمنصوص عن أحمد: أنه يدفن من غير صلاة.

وهذا يرجع إلى تعارض الأصل والظَّاهر؛ إذ الأصل في أهل دار الإسلام الإسلام، والظَّاهر في هذا الكفر.

ولو كان هذا الميِّت في دار الكفر، فإن كان عليه علامة[١] الإسلام؛ صلِّي عليه، وإلَّا فلا، نصَّ عليه في رواية عليِّ بن سعيد.

وهذا ترجيح للظَّاهر[٢] على الأصل ههنا؛ كما رجَّحه في الصُّورة الأولى، ولم يرجِّح الأصحاب ههنا[٣] الأصل كما رجَّحوه ثَمَّ؛ لأنَّ هذا الأصل قد عارضه أصل آخر، وهو أنَّ الأصل في كلِّ مولود أنَّه يولد على الفطرة.

ومنها: إذا اختلف الزَّوجان في قدر المهر ولا بيِّنة؛ ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول الزَّوج؛ لأنَّه منكر وغارم، والأصل براءة ذمَّته من القدر الزَّائد على ما يقرُّ به.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): علامات.

(٢) في (أ): الظَّاهر.

(٣) في (ب): هنا.

والثَّانية: القول قول مدَّعي مهر المثل؛ لأنَّ الظَّاهر معه.

ومنها: إذا أسلم الزَّوجان قبل الدُّخول، وقال الزَّوج: أسلمنا معًا؛ فنحن على نكاحنا، وقالت الزَّوجة: بل على التَّعاقب؛ فلا نكاح؛ فوجهان:

أحدهما: القول قول الزَّوج؛ لأنَّ الأصل معه.

والثَّاني: القول قول الزَّوجة، لأنَّ الظَّاهر معها؛ إذ وقوع إسلامهما معًا في آن واحد نادر، والظَّاهر خلافه.

ومنها: إذا خلا بامرأته، وصدَّقته أنَّه لم يطأها، وقلنا: لا يتقرَّر بذلك المهر على رواية سبقت، وكان له منها ولد؛ فهل يتقرَّر المهر بذلك؛ لأنَّ الغالب أنَّ الولد إنَّما ينعقد عن الاصابة، أوْ لا؛ لأنَّ الأصل عدم إصابتها، ويحتمل أنَّه سبق الماء إلى فرجها فانعقد الولد؟ على وجهين ذكرهما القاضي في «المجرَّد».

وفيه نظر؛ فإن سبق الماء إلى الفرج إنَّما يكون بعد ما تقرَّر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره.

والأظهر في تعليل عدم تقرُّر المهر أن يقال: الولد يثبت نسبه بمجرَّد الإمكان، بخلاف استقرار المهر.

ومنها: لو زوَّج رجل وليَّته، ثمَّ ظهرت مَعِيبةً، فادَّعى الوليُّ: أنَّه لم يعلم عيبها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: القول قوله مع يمينه؛ لأنَّ الأصل معه؛ إلَّا أن يكون العيب جنونًا، ويكون الوليُّ ذا اطِّلاع عليها؛ فلا يُقبَل قوله، وهو

اختيار صاحب «المغني».

والثَّاني: إن كان الوليُّ قريبًا - كالأب والجدِّ والابن -؛ لم يقبل قوله مطلقًا؛ لأنَّ الظَّاهر يكذِّبه، وإن كان بعيدًا؛ قُبِل مع يمينه، وهو قول القاضي، ووافقه ابن عقيل؛ إلَّا أنَّه فصَّل بين عيوب الفرج وغيرها؛ فسوَّى بين الأولياء كلِّهم في عيوب الفرج، بخلاف غيرها.

ومنها: إذا اختلط مالٌ حرامٌ بحلال، وكان الحرام أغلبَ؛ فهل يجوز التَّناول منه أم لا؟ على وجهين؛ لأنَّ الأصل في الأعيان الإباحة، والغالب ههنا الحرام.

قال أحمد في رواية حرب: إذا كان أكثر ماله النَّهب أو الرِّبا ونحو ذلك؛ فكأنَّه ينبغي له أن يتنزَّه عنه؛ إلَّا أن يكون شيئًا يسيرًا أو شيئًا لا يعرف(١).

وقريب من هذا: إذا اشتبه الماء الطَّاهر بالنَّجس، وكان الطَّاهر(٢) أكثر؛ فإنَّ في جواز التَّحرِّي روايتين، وظاهر كلام أحمد في رواية المروذي جوازه، واختاره أبو بكر وابن شاقْلَا وأبو عليٍّ النَّجاد، وصحَّحه ابن عقيل، لكن هنا اعتضد أصل الطَّهارة: بأنَّ الظَّاهر إصابة الطَّاهر؛ لكثرته.

ومنها: إذا قذف مجهول النَّسب، وادَّعى رقَّه، وأنكر المقذوف؛ فهل يحدُّ؟ على روايتين؛ لأنَّ الأصل عدم لزوم الحدِّ، والأغلب على

(١) ينظر: الفروع (٤/ ٣٨٩).
(٢) في (ب): الظَّاهر.

النَّاس الحريَّة، أو يقال: الأصل فيهم الحريَّة؛ فيكون إذًا من باب تعارض الأصلين.

ومنها: إذا قال لمدخول بها: أنت طالق أنت طالق، ولم يقصد بالثَّانية تأكيدًا ولا إيقاعًا، بل أطلق النِّيَّة؛ فقال الأصحاب: تَطلُقُ اثنتين؛ لأنَّه موضوع للإيقاع؛ كاللَّفظ الأوَّل، ولهذا يقال: إذا دار الأمر بين التَّأسيس والتَّأكيد؛ فالتَّأسيس أولى.

وهذا يرجع إلى الحمل على الظَّاهر، مع أنَّ الأصل بقاء الزَّوجيَّة وعدم وقوع الثَّانية والثَّالثة إذا كرَّره ثلاثًا؛ فيتوجَّه: أن يخرَّج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الإطلاق؛ لأنَّه المتيقَّن.

ويشهد له ما نقله صالح عن أبيه أنَّه قال: إذا قال: أنت طالق أنت طالق، وقد دخل بها؛ فهو على ما أراد؛ إن كان أراد إفهامها فهو الَّذي أراد، وإن أراد غير ذلك فهو على ما أراد[(١)]. فلم يوقع الثَّانية بدون النِّيَّة.

وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما إذا قال: أنت طالق بل أنت طالق، وأطلق النِّيَّة: أنَّه لا يلزمه أكثر من واحدة، فإن نوى بالثَّانية طلْقة أخرى؛ فهل يلزمه أم لا؟ على قولين؛ لأنَّه إعادة للَّفظ الأوَّل بعينه؛ فلا يحتمل التكرار، كذلك حكاه القاضي عنه في «كتاب الرِّوايتين».

ويلزم من ذلك أنَّه إذا قال: أنت طالق، وكرَّره وأطلق النِّيَّة: أنَّه لا يلزمه أكثر من واحدة.

(١) ينظر: مسائل صالح (٣/ ٢٤٣).

وههنا مسألة حسنة، نصَّ عليها أحمد في رواية ابن منصور: إذا قال لامرأته: أنت طالق بل أنت طالق؛ قال: هي تطليقتان، هذا كلام مستقيم، وإن قال: أنت طالق لا بل أنت طالق؛ قال:(١) هي واحدة(٢).

والفرق بينهما: أنَّ (بل) من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد، وهي هنا كذلك؛ لأنَّ اسم الفاعل من المفردات، وإن كان متحمِّلًا لضمير؛ بدليل أنَّه يُعرَب، والجمل لا تُعرَب، ولأنَّه لا يقع صلة، ولو كان جملة لوقع صلة، وحينئذٍ فيكون ما بعده معطوفًا على ما قبله، وقد أوقع قبله واحدة ثمَّ عطف عليها أخرى؛ فيقع اثنتان؛ كما لو أتى بواو العطف.

وهذا معنى قول أحمد: (هذا كلام مستقيم) يعني: أنه نسق معطوف بعضه على بعض؛ كسائر المعطوفات بـ (الواو) و(ثمَّ) ونحوهما.

وأمَّا قول النَّحويين: إنَّ ما قبله يصير مسكوتًا عنه غير مثبَت ولا مَنفيٍّ؛ فهذا فيما يقبل النَّفي بعد إثباته، والطَّلاق ليس كذلك؛ فتعيَّن إثبات الأوَّل، وعطف الثَّاني عليه.

وأمَّا إذا قال: أنت طالق، لا بل أنت طالق؛ فقد صرَّح بنفي الأوَّل، ثمَّ أثبته بعد نفيه؛ فيكون المثبَت هو المنفيَّ بعينه، وهو الطَّلْقة الأولى؛ فلا يقع به طلقة ثانية، وهو قريب من معنى الاستدراك، كأنَّه

---

(١) قوله: (قال) سقط من (ب).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٣/ ١٧٨٢).

نسي أنَّ الطَّلاق الموقَعَ لا يُنفى؛ فاستدرك وأثبته؛ لئلَّا يَتوهَّم السَّامع أنَّ الطَّلاق قد ارتفع بنفيه؛ فهذا إعادة الأوَّل، لا استئناف طلاق.

ومنها: إذا قال: الطَّلاق يلزمني، أو: أنت الطَّلاق؛ فهل يلزمه واحدة أو الثَّلاث؟ على روايتين؛ لأنَّ الألف واللَّام قد يراد بها العهد؛ أي: الطَّلاق المعهود المسنون، وهو الواحدة، ويراد بها مطلق الجنس، ويراد بها استغراق الجنس، لكنَّها في الاستغراق والعموم أظهر، والمتيقَّن من ذلك الواحدة، والأصل بقاء النِّكاح.

وعلى رواية وقوع الثَّلاث: فلو نوى به ما دونها؛ فهل يقع به ما نواه خاصَّة، أو يقع به الثَّلاث، ويكون ذلك[1] صريحًا في الثَّلاث؟ فيه طريقان للأصحاب.

ولو قال: الطَّلاق يلزمني، وله أكثر من زوجة؛ فإن كان هناك نيَّة أو سبب يقتضي التَّعميم أو التَّخصيص؛ عُمل به.

ومع فقد النِّيَّة والسَّبب؛ خرَّجها بعض الأصحاب على الرِّوايتين في وقوع الثَّلاث بذلك على الزَّوجة الواحدة؛ لأنَّ الاستغراق في الطَّلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محلِّه.

وقد فرَّق بعضهم بينهما: بأنَّ عموم المصدر لأفراده أقوى من عمومه لمفعولاته؛ لأنَّه يدلُّ على أفراده بذاته عقلًا ولفظًا، وإنَّما يدلُّ على مفعولاته بواسطة.

فلفظ الأكل والشُّرب - مثلًا - يعمُّ الأنواع منه، والأعداد أبلغ من

(١) قوله: (ذلك) سقط من (أ).

عمومه المأكول والمشروب إذا كان عامًّا؛ فلا يلزم من عمومِه لأفراده وأنواعه عمومَه لمفعولاته، ذكر ذلك كلَّه الشَّيخ تقيُّ الدِّين رحمه الله بمعناه[١].

وفي موضع آخر قوَّى[٢] وقوع الطَّلاق بجميع الزَّوجات، دون وقوع الثَّلاث بالزَّوجة الواحدة، وفرَّق: بأنَّ وقوع الثَّلاث بالواحدة محرَّم، بخلاف وقوع الطَّلاق بالزَّوجات المتعدِّدات.

وقد يقال: إنَّ قوله: (الطَّلاق يلزمه) وإن كان[٣] صيغة عموم، لكن إذا لم ينوِ عمومه[٤]؛ كان مخصَّصًا بالشَّرع عند من يحرِّم[٥] جمع الثَّلاث، وهو ظاهر المذهب؛ فتكون المسألة حينئذٍ من صور التَّخصيص بالشَّرع، وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت[٦].

ومنها: إذا قال: زوجتي طالق، أو عبدي حرٌّ، وله زوجات وعبيد؛ فالمنصوص: أنَّه يقع الطَّلاق والعتاق بالجميع، إلَّا أن ينوي عددًا معيَّنًا؛ لأنَّ اسم الجنس المضاف للعموم؛ فهو كالجمع المعرَّف.

وذكر صاحب «المغني» احتمالًا ورجَّحه: أنَّه لا يقع الطَّلاق والعتاق مع إطلاق النِّيَّة إلَّا بواحد؛ لأنَّ اللَّفظ صالح للواحد والجمع؛

(١) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٣٧١).
(٢) في (ب): يؤدِّي. وفي (ج): قولي.
(٣) قوله: (وإن كان) هو في (ب): وكان.
(٤) في (ب): عموم.
(٥) قوله: (يحرِّم) هو في (ب) و(ن): يرى تحريم.
(٦) وهي القاعدة (١٢٣). ينظر: (٢/ ٤٣٩).

فحَمْلُه على الواحد أولى؛ لأنَّه المتيقَّن، ولو كان الجمع أظهر فيه؛ ترجيحًا للأصل على الظَّاهر.

ومنها: إذا قال: له عندي درهم ودرهم ودرهم؛ فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر في «الشَّافي»، ونزَّلهما صاحب «التَّلخيص» على تعارض الأصل والظَّاهر، فإنَّ الظَّاهر عطف الثَّالث على الثَّاني، ويحتمل إرادة التكرار به؛ لأنَّه بلفظه؛ فيحمل عليه عند الإطلاق؛ لأنَّه اليقين، قال: (ولو قال: أردت بالثَّالث تكرار الثَّاني؛ قُبِل على الوجهين؛ لاحتماله).

وذكر صاحب «المغني» في الطَّلاق احتمالًا: أنَّه لا يقبل إرادة التكرار والتَّأكيد مع حرف العطف؛ لمخالفته للظَّاهر؛ لأنَّ ظاهر العطف يقتضي المغايرة.

قاعدة [١٦٠]

تستعمل القرعة في تمييز المستحِقِّ إذا ثبت الاستحقاق ابتداء لمبهم غير معيَّن عند تساوي أهل الاستحقاق.

وتستعمل[١] أيضًا في تمييز المستحَقِّ المعيَّن في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز عن الاطِّلاع عليه، وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب.

وفي الأبضاع قول آخر: أنَّه لا تؤثِّر القرعة في حلِّ المعيَّن منها في الباطن.

ولا تستعمل في إلحاق النَّسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب.

وتستعمل[٢] في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها.

ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداء.

وفي الكفَّارة وجه ضعيف: أنَّ القرعة تميِّز اليمين المنسيَّة.

ونحن نذكر ههنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أوَّل الفقه إلى آخره بحسب الإمكان، والله الموفِّق:

(١) في (أ) و(ج): ويستعمل.

(٢) في (أ): ويستعمل.

فمنها: إذا اجتمع محدثان حدثًا أكبر، أو أصغر، وعندهما ما يكفي أحدهما، ولا اختصاص لأحدهما به؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقترعان عليه؛ لاستوائهما في الحاجة إليه.

والثَّاني: يقسم بينهما.

ولو كان أحدهما جنبًا والآخر محدثًا حدثًا أصغر، وكان الماء يكفي كلَّ واحد منهما ويفضل عنه فضلة لا تكفي الآخر؛ ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها[1]: المحدث أولى؛ لأنَّ فضلته يمكن الجنبَ استعمالها، بخلاف فضلة الجنب؛ فإنَّها لا ترفع حدث المحدث ولا شيئًا منه.

والثَّاني: الجنب أولى؛ لغلظ حدثه.

والثَّالث: هما سواء؛ فيُقرَع بينهما، أو يعطيه باذل الماء لمن شاء منهما.

قال صاحب «التَّلخيص»: (هذه المسألة صوَّرها جماعة من أصحابنا في ماء مباح أو مملوك أراد مالكه بذله لأحدهم، وفيه نظر؛ فإنَّ المباح قبل وضع الأيدي عليه لا ملك فيه، وبعد وضع الأيدي للجميع، والمالك له ولاية صرفه إلى من شاء)، قال: (ويتصوَّر ذلك عندي في الوصيَّة بالماء لأولاهم به) انتهى.

ويتصوَّر أيضًا في النَّذر لأولاهم، والوقف عليه، وفيما إذا طلب المالك معرفة أولاهم ليؤْثِرَه به، وفيما إذا وردوا على ماء مباح

(١) في (أ): أحدهما.

وازدحموا وتشاحُّوا في التَّناول(١) أولًا.

ومنها: إذا تشاحُّوا في الأذان مع تساويهم في الصِّفات المرجَّح بها فيه(٢)؛ فإنَّه يقرع بينهم، نصَّ عليه أحمد في رواية أبي داود وأبي طالب ومحمَّد بن موسى(٣)، واحتجَّ بأنَّ سعدًا أقرع بينهم في الأذان يوم القادسيَّة(٤).

ونصَّ في رواية أبي داود: على تقديم القرعة على اختيار الجيران.

وفي رواية محمَّد بن موسى: على أنَّ المتعاهِد للمسجد بالعمارة أحقُّ.

ومنها: إذا اجتمع عراة ومع واحد منهم ثوب قد صلَّى فيه؛ استُحِبَّ له إعارته لرفقائه.

فإن ضاق الوقت، وفيهم من يصلح للإمامة؛ استحبَّ له إعارته، فيصلِّي فيه إمامًا والعراة خلفه، فإن استووا، أو لم يكن الثَّوب لواحد منهم[١]؛ أُقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة؛ فهو أحقُّ به، ذكره في «المغني».

---

[١] كتب في هامش (أ): (لعله: ولم يكن الثوب إلا لواحدٍ منهم).

---

(١) في (أ): المتناول.

(٢) قوله: (فيه) سقط من (أ).

(٣) ينظر: مسائل أبي داود (ص ٤٣).

(٤) ذكره البخاري معلقًا في باب الاستهام في الأذان (١/ ١٢٦)، ووصله البيهقي في الكبرى (٢٠١٣)، من طريق هشيم ثنا عبد الله بن شبرمة قال: «تشاجر الناس في الأذان بالقادسية، فاختصموا إلى سعد، فأقرع بينهم».

ومنها: إذا استوى اثنان في الصِّفات المرجَّح بها في الإمامة من كلِّ وجه وتشاحَّا؛ أُقرع بينهما؛ كما في الأذان.

وكذلك إذا اجتمع اثنان من أولياء الميِّت واستويا وتشاحَّا في الصَّلاة عليه؛ أُقرع بينهما.

ولو وُلِّي إمامة المسجد رجلان؛ صحَّ، وكانا في الإمامة سواء، وأيُّهما سبق إليها كان أحقَّ بها، فإن حضرا معًا؛ احتمل أن يقرع بينهما، فيقدَّم من قَرَع منهما، واحتمل أن يرجع إلى اختيار أهل المسجد لأحدهما، ذكر ذلك القاضي في «الأحكام السُّلطانيَّة».

ومنها: إذا قُدِم بميتين إلى مكان من مقبرة مسبَّلة في آن واحد، ولم يكن لأحدهما هناك مزيَّة من أهلٍ مدفونين عنده أو نحو ذلك؛ فإنَّه يقرع بينهما، صرَّح به الأصحاب.

وكذلك إذا دفن اثنان في قبر واحد واستويا في الصِّفات؛ فإنَّه يقدَّم أحدهما إلى القبلة بالقرعة؛ كما فعل معاذ بن جبل بامرأتيه.(١)

ومنها: إذا اجتمع ميِّتان، فبُذل لهما كفنان، وكان أحد الكفنين أجود من الآخر، ولم يعيِّن الباذل ما لكلِّ واحد منهما؛ فإنَّه يقرع بينهما كما وردت السُّنَّة بذلك؛ فروى الإمام أحمد في «المسند» من حديث

---

(١) أخرجه ابن أبي الدنيا في التوسعة على العيال (٢/ ٧٠٥)، من طريق يحيى بن سعيد، قال: «كان لمعاذ بن جبل امرأتان، فإذا كان عند أحدهما لم يتوضأ من بيت الأخرى، قال: فماتتا في طاعون أصابهم في يوم واحد، فقدمهما إلى الحفرة، ثم أقرع بينهما أيهما يُدخِلُ الحفرةَ قبل الأخرى؟ ثم عفر دَرَقَهما جميعًا في حفرة واحدة».

الزُّبير أنَّه قال: لمَّا كان يوم أحد؛ أقبلت صفيَّة - يعني: أمَّه - فأخرجت ثوبين معها، فقالت: هذان ثوبان جئت بهما لأخي حمزة؛ فكفِّنوه فيهما، قال: فجئت بالثَّوبين ليكفَّن فيهما حمزة، فإذا إلى جنبه رجل من الأنصار قتيل قد فُعل به كما فعل بحمزة؛ قال: فوجدنا غضاضة وحياء أن نكفِّن حمزة في ثوبين والأنصاري لا كفن له؛ فقلنا: لحمزة ثوبٌ، وللأنصاري ثوبٌ، فقدرَّناهما؛ فكان أحدهما أكبر من الآخر، فأقرعنا بينهما؛ فكفَّنَّا كلَّ واحد منهما في الَّذي طار له(١).

وقد ذكره الأثرم للإمام أحمد لمَّا عدَّد أحاديث القرعة؛ فعرفه أحمد وعدَّه معها، وهذا يشعر بأنَّه يأخذ به.

ومنها: لو اشتبه عبده بعبد غيره؛ فهل يصحُّ بيع عبده المشتبه من مالك الآخر قبل تمييزه أم لا؟

قال القاضي في «خلافه»: (يحتمل ألَّا يصحَّ العقد حتَّى يقع التمييز، وبماذا يقع؟

يحتمل أن يقرع بينهما؛ فتَعيَّن بالقرعة، ثمَّ يبيعه؛ لأنَّه قد اختلط المستحَقُّ بغيره.

ويحتمل أن يقف على المراضاة، ولو سلَّمناه[١]؛ فلأنَّ الجهالة هنا بغير فعله؛ فعفي عنها)؛ قال: (وأجود ما يقال فيه: إنَّهما يبيعان العبدين ويقتسمان الثَّمن على قيمة العبدين، كما قلنا فيما إذا اختلط زيت

[١] كتب على هامش (و): (أي: سلمنا اختلاط المستحَق بغيره).

(١) أخرجه أحمد في المسند (١٤١٨).

أحدهما بزيت الآخر، وأحدهما أجود من الآخر: إنَّهما يبيعان الزَّيت ويقتسمان الثَّمن على القيمة) انتهى.

ومنها: إذا ادَّعى الوديعة اثنان، فقال المودَع: لا أعلم لمن هي منكما؛ فإنَّه يقرع بينهما، فمن قَرَع صاحبَه؛ حلف وأخذها، نصَّ عليه أحمد، وهو من فروع مسألة تداعي عين[(١)] بيد ثالث يعترف بأنَّها لأحدهما، وسنذكرها إن شاء الله[(٢)].

ومنها: إذا استبق اثنان إلى الجلوس بالأماكن المباحة؛ كالطُّرق الواسعة ورحاب المساجد ونحوها، لمعاش أو غيره؛ فالمذهب: أنَّه يقدَّم أحدهما بالقرعة.

وفيه وجه: بتقديم السُّلطان لمن يرى منهما بنوع من التَّرجيح.

وكذلك لو استبقا إلى موضع في رباط مسبَّل[(٣)] أو خانٍ[(٤)]، أو استبق فقيهان إلى مدرسة أو صوفيَّان إلى خانكاه[(٥)]، ذكره الحارثيُّ.

وهذا يتوجَّه على أحد الاحتمالين اللَّذين ذكرهما في المدارس والخوانق المختصَّة بوصف معيَّن: أنَّه لا يتوقَّف الاستحقاق على تنزيل

---

(١) في (أ): العين.

(٢) ينظر: (٣/ ٢٠١).

(٣) الرباط: ما رُبِط به، والرباط والمرابطة: ملازمة ثغر العدو، وأصله أن يربط كل واحد من الفريقين خيله، ثم صار لزوم الثغر رباطًا. ينظر: لسان العرب ٦/ ٣٠٢.

(٤) الخان: الفندق والحانوت والمتجر، فارسي معرب. ينظر: لسان العرب ١٣/ ١٤٦، المعجم الوسيط ١/ ٢٦٣.

(٥) هو رباط الصوفية. ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٢٦٠.

ناظر، فأمَّا على الوجه الآخر، وهو توقُّف الاستحقاق على تنزيله؛ فليس إلَّا ترجيحه بنوع من التَّرجيحات، وقد يقال: إنَّه يرجَّح بالقرعة مع التَّساوي.

ومنها: إذا استبق اثنان إلى مَعدنٍ مباح[١] أو غيره من المباحات، وضاق المكان إلَّا عن أحدهما؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يقترعان[٢] عليه، اختاره صاحب «المغني».

والثَّاني: قاله القاضي: إن كان أخذهما للتِّجارة؛ هايأ[٣] الإمام بينهما باليوم أو السَّاعة بحسب ما يرى؛ لأنَّه يطول، وإن كان للحاجة؛ فاحتمالات:

أحدها: يقرع بينهما.

والثَّاني: ينصِّب من يأخذ لهما ثمَّ يقسم.

والثَّالث: يقدِّم من يراه أحوج وأولى.

وأمَّا إن وقعت أيديهما على المباح؛ فهو بينهما بغير خلاف، وإن كان في كلام بعض الأصحاب ما يوهم خلاف ذلك؛ فليس بشيء.

ومنها: إذا اجتمع اثنان بين نهر مباحٍ، لكلِّ واحد[٤] منهما أرض تحتاج إلى السَّقي منه، وكانا متقابلين، ولم يمكن[٥] قسمة الماء بينهما؛

---

(١) في (أ): أو مباح.

(٢) في (ب): يقرعان.

(٣) المهايأة: أن تجعل في يد أحدهما مدة، وفي يد الآخر مثلها. ينظر: الكافي ٤/ ٢٤٩.

(٤) قوله: (واحد) سقط من (ب) و(ج) و(هـ) (ن)، وضُرب عليها في (د).

(٥) في (أ): يكن.

أقرع بينهما، فقُدِّم من له القرعة، فإن كان لا يفضل عن أحدهما؛ سقى من له القرعة بقدر حقِّه من الماء، ثمَّ تركه للآخر؛ لأنَّه يساويه في استحقاق الماء، وإنَّما القرعة للتَّقديم في استيفاء الحقِّ لا في أصل الحقِّ، بخلاف الأعلى مع الأسفل؛ فإنَّه ليس للأسفل حقٌّ إلَّا فيما فَضَل عن الأعلى، وهنا الماء بينهما يستحقُّ كلٌّ منهما أن يأخذ بقدر نسبة أرضه، ذكره في «المغني».

ومنها: إذا وصف اللُّقطة نفسانِ؛ فهل يقسم بينهما، أو يقرع فمن خرجت له القرعة فهي له؟ على وجهين.

ومنها: إذا التقط اثنان طفلًا، وتساويا في الصِّفات؛ أقرع بينهما، ولم يُقَرَّ في أيديهما جميعًا؛ كما في الحضانة.

وإن ادَّعى نفسان التقاط طفل، فإن كان في أيديهما؛ أقرع بينهما؛ فأُقِرَّ في يد[١] من خرجت له القرعة.

وإن استويا في عدم اليد، ولم يصفه أحدهما؛ فقال القاضي والأكثرون: لا حقَّ لأحدهما فيه، ويعطيه الحاكم لمن شاء منهما أو من غيرهما؛ لأنَّه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق.

وقال صاحب «المغني»: الأولى أن يقرع بينهما؛ لأنَّهما تنازعا شيئًا في يد غيرهما، فأشبه ما لو تنازعا وديعة.

وفيه نظر؛ فإنَّ الوديعة لمعيَّن، ولا مدَّعٍ لهما سواهما، بخلاف اللَّقيط؛ فإنَّ الحقَّ لمن سبق إليه، ولم يثبت السَّبق لواحد منهما؛ فصارا كغيرهما.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): بيد.

ولو ادَّعى اثنان لقطة بين أيديهما، كلٌّ منهما يقول: أنا سبقت إليها؛ أقرع بينهما، ذكره القاضي في «خلافه».

وهذا في الظَّاهر يخالف[1] قوله في دعوى التقاط الطِّفل؛ إلَّا أن يفرَّق بينهما: بأنَّ اللُّقطة تؤول إلى الملك؛ فهي كتداعي اثنين في[2] ملكيَّة عين بين أيديهما لا يد عليها لأحد[3]؛ كما سيأتي إن شاء الله تعالى[4].

ومنها: لو[5] وصَّى لجاره محمَّد، وله جاران بهذا الاسم؛ فهل تبطل الوصيَّة، أو تصحُّ ويميَّز أحدهما بالقرعة؟ فيه خلاف سبق ذكره مبسوطًا.[6]

وكذلك سبق ذكر من وهب أحد أولاده، وتعذَّر الوقوف على عينه، أو وقف عليه واشتبه فيهم.[7]

ومنها: إذا وصَّى لزيد بعبد من عبيده، قال الخرقيُّ: يُعطَى واحدًا منهم بالقرعة؛ كما لو أَعَتق واحدًا مبهمًا.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور: أنَّ له أخسَّهم[8]؛

(١) في (ب): بخلاف. وفي (د): خالف.
(٢) قوله: (في) سقط من (ب) و(هـ) (ن).
(٣) قوله: (عليها لأحد) في (ب) (ن): لأحد عليها.
(٤) ينظر: (٣/ ٢٠١).
(٥) في (ب): إذا.
(٦) في القاعدة (١٠٥). ينظر: (٢/ ٣٠٩).
(٧) في القاعدة (١٠٥). ينظر: (٢/ ٣١٣).
(٨) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٣١٩).

يعني: أدنى ما يقع عليه الاسم منهم؛ لأنَّه المتيقَّن، وإنَّما أقرعنا في العتق؛ لأنَّ العتق حقٌّ للعبد، وقد تساووا في استحقاقه؛ فيميَّز بالقرعة، وهنا الحقُّ للموصى له، وإنَّما يستحِقُّ ما يصدق عليه الاسم.

ومنها: إذا مات المتوارثان، وعُلِم أسبقهما موتًا ثمَّ نُسي؛ فقال القاضي: لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة لتعيين السَّابق.

والمذهب: أنَّ حكم ذلك حكم ما لو جهلوا الحال أوَّلًا: أنَّه يورَّث كلُّ واحد منهما من الآخر من تِلاد ماله، دون ما ورثه منه.

ولو ادَّعى ورثة كلِّ واحد منهما سبق الآخر، ولا بيِّنةَ لهما، أو تعارضت البيِّنتان؛ ففيه أوجه:

أحدها: يعيَّن السَّابق بالقرعة، اختاره ابن أبي موسى، وضعَّفه أبو بكر في كتاب «الخلاف».

والثَّاني: يتوارثان؛ كما لو جهل الورثة الحال، وهو قول أبي الخطَّاب، وقال القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل: هو قياس المذهب.

والثَّالث: يحلف ورثة كلِّ واحد لإسقاط دعوى الآخر، ولا يتوارثان، نصَّ عليه أحمد[(١)]، واختاره الخرقيُّ؛ لأنَّ ورثة كلِّ واحد قد علم استحقاقهم لإرثه، وغيرهم يدَّعي عليهم استحقاق مشاركتهم، وهم ينكرون ذلك؛ فيكون القول قولهم مع أيمانهم، بخلاف مسائل الغرقى؛ فإنَّ الورثة متَّفقون فيها على عدم العلم بالسَّابق، وليس فيهم مدَّع لاستحقاق انفراده بمال ميِّته.

---

(١) ينظر: المغني (٦/ ٣٨١).

والوجه الرَّابع، وهو اختيار أبي بكر في «الخلاف»: أنَّه يُقسَم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدَّعيه نصفين، وعليهما اليمين في ذلك؛ كما لو تنازعا دابَّة في أيديهما.

ومنها: إذا مات عن زوجات وقد طلَّق إحداهنَّ طلاقًا يقطع الإرث، أو كان نكاح بعضهنَّ فاسدًا لا توارث فيه، وجهل عين المطلَّقة وذات النِّكاح الفاسد؛ فإنَّها تعيَّن بالقرعة، والميراث للبواقي، نصَّ عليه أحمد(١) [١].

ومنها: الأولياء المستوون في النِّكاح، إذا تشاحُّوا أُقرِع بينهم.

فإن سبق من أخطأته القرعة، فزوَّج؛ فهل يصحُّ أم لا؟ على وجهين.

ومنها: لو زوَّج وليَّان من اثنين، وجُهل أسبق العقدين؛ ففيه روايتان:

إحداهما: يميَّز الأسبق بالقرعة، فمن خرجت له القرعة فهي زوجته، ولا يحتاج إلى تجديد عقد، ولا يحتاج الآخر إلى طلاق، هذا

---

[١] كتب على هامش (و): (إذا ولدت المرأة توأمين في بطن، واستهلَّ أحدهما، ثم وجدا ميتين، ولم يعلم المستهِلُّ منهما، وكانا ذكرًا وأنثى، فذهب أحمد إلى أنه يُقرَع بينهما بسهم ذكر وسهم أنثى، فمن خرج سهمه جعل كأنه المستهِل، وكان الميراث له، ذكره أبو حليمة النهرواني في كتابه «المرشد»).

---

(١) ينظر: المغني (٧/ ٥٠١).

ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وابن منصور[(١)].

وقد ذكر هذه الرِّواية على هذا الوجه القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وغيرهما.

وذكر القاضي في «الجامع» و«الخلاف» و«الرِّوايتين»، وأبو الخطَّاب، وغيرهما: أنَّ الآخر يؤمر بالطَّلاق كما يطلِّق في النِّكاح الفاسد.

وفيه ضعف؛ فإنَّ هذا لم يتحقَّق له نكاح منعقد، بخلاف النَّاكح نكاحًا فاسدًا.

وأيضًا؛ فمجرَّد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السَّابق؛ لا يفيد حلَّ المرأة للآخر، فلهذا قال طائفة من الأصحاب: يجدِّد الَّذي خرجت عليه القرعة النِّكاح؛ لتحلَّ له بيقين.

وقد حكى ذلك القاضي في كتاب «الرِّوايتين» عن أبي بكر أحمد بن سلمان النَّجَّاد، ثمَّ ردَّه بأنَّه لا يبقى حينئذٍ معنًى للقرعة؛ فإنَّه إذا أمر أحدهما بالطَّلاق، وأمر القارع بتجديد النِّكاح؛ فقد خلت المرأة من زوجيَّتهما جميعًا، فلها أن تتزوَّج حينئذٍ من شاءت منهما ومن غيرهما، ولا فائدة حينئذ للقرعة، وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما؛ كما سيأتي[(٢)].

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٤/ ١٤٨٩): قلت: سئل سفيان عن وليَّين زوَّجا، لا يُدرى أيهما زوَّج قبل الآخر؟ قال: (إن كان يُدرى أيهما قبل الآخر فهي للأول، وإن كان لا يُدرى فارق كل واحد منهما). قال أحمد: (يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهي له).

(٢) كما في الرواية الثانية (٣/ ١٧١).

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: لو كان الأمر كما ذكروه؛ لم يبق بين الرِّوايتين فرق، ولا للقرعة فائدة، وإنَّما يجب على رواية القرعة أن يقال: هي زوجة القارع، بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها، ولو مات ورثته، لكن لا يطؤها حتَّى يجدِّد العقد؛ فيكون تجديد العقد لحلِّ الوطء فقط، هذا قياس المذهب.

أو يقال: إنَّه لا يحكم بالزَّوجيَّة إلَّا بالتَّجديد، ويكون التَّجديد واجبًا عليه وعليها، كما كان الطَّلاق واجبًا على الآخر[١].

قال: وليس في كلام أحمد تعرض للطَّلاق، ولا لتجديد الآخر النِّكاح، فإنَّ القرعة جعلها الشَّارع حجَّة وبيِّنة تفيد الحلَّ ظاهرًا؛ كالشَّهادة والنُّكول ونحوهما[٢] ممَّا لا يوقف معه على حقيقة الأمر في الباطن، والمجهول غير مكلَّف به العباد، بل هو في نظر الشَّرع كالمعدوم ما دام مجهولًا.

ونظير هذه الرِّواية في القرعة: أنَّ المشهور من المذهب: أنَّ من طلَّق واحدة من زوجاته ثمَّ أُنسِيَها؛ فإنَّها تُعيَّن بالقرعة، ويحلُّ له وطء البواقي؛ فكذلك ههنا يميَّز النِّكاح الصَّحيح من الباطل بالقرعة، وتفيد حلَّ الوطء.

ولا يقال هناك: الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النِّكاح، ولم يتيقَّن وقوع الطَّلاق عليها، وهنا الأصل عدم انعقاد النِّكاح في كلِّ

(١) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٢٩٨).

(٢) ذكر في الإنصاف (٢٠/ ٢٢١) هذا القول عن شيخ الإسلام إلى هذا الموطن فقط.

واحد منهما؛ فلا يباح الوطء بدون تيقُّن العقد الصَّحيح.

لأنَّا نقول: الاستصحاب بَطَل بيقينِ وقوعِ الطَّلاقِ المحرِّم، ولهذا أبطل أصحابنا الاستصحاب في مسألة اشتباه الماء الطَّاهر بالماء النَّجس[(١)]، ومنعوا استعمال أحدهما بالتَّحرِّي؛ لأنَّ الاستصحاب زال حكمه بيقين التَّنجس، وحينئذٍ تتفق الصُّورتان؛ لأنَّ في إحداهما اشتبهت الزَّوجة بالمطلَّقة ثلاثًا، وفي الأخرى اشتبه الزَّوج بغيره، وكون أحدهما له أصل في الحلِّ دون الآخر لا أثر له عندنا، ولهذا يسوَّى بين اشتباه البول بالماء الطَّاهر واشتباه الماء النَّجس بالطَّاهر، ونحن نقول على أحد الوجهين: لو أقرَّ بأنَّ ولد إحدى إمائه ابنُه، ثمَّ مات ولم يعيِّنه؛ عُيِّن بالقرعة؛ وإن كان المشتبَه[(٢)] حرَّ الأصل.

واعلم أنَّ القاضي حكى عن أبي بكر بن سلمان النَّجَّاد أنَّه يقرع بين الزَّوجين، فمن قَرَع؛ أمر صاحبه بالطَّلاق، ثمَّ جدَّد الآخر نكاحه.

وقرأت بخطِّ القاضي في بعض مجاميعه قال: حكى أبو الحسن الخرزيُّ؛ قال: سئل أبو عليٍّ النَّجَّاد عن رجل زوَّج ابنته على صداق ألف درهم، ثمَّ مات الأب قبل دخول الزَّوج بها، فحضر ثلاثة رجال كلُّ واحد منهم يقول: زوَّجني أبوك منك على صداق ألف درهم قبضها منِّي، وعَدِم كلُّ واحد منهم في الحال البيِّنة، وقالت البنت: أعلم أنَّ واحدًا من هؤلاء الثَّلاثة زوجي يقينًا، ولكن لا أعرفه عينًا[(٣)]؛ فقال

(١) قوله: (بالماء النجس) هو في (ب): بالنجس.
(٢) قوله: (المشتبه) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).
(٣) قوله: (عينًا) سقط من (ب).

أبو عليٍّ النَّجَّاد: يُرفع أمرها إلى الحاكم، فيجبر الثَّلاثة على أن يطلِّقها كلُّ واحد منهم طلقة واحدة، ثمَّ يقترع الثَّلاثة على الألف؛ فأيُّهم كانت له القرعة أخذ الألف، ثمَّ يقال للمرأة: تزوجي أيَّهم شئت إن أحببت.

فإن كانت هذه الحكاية مستندَ القاضي في الحكاية عن النَّجَّاد؛ فقد وهم في تسميته؛ فإنَّ الحكاية عن أبي عليٍّ، ونسبها هو إلى أبي بكر بن سلمان، وليست المسألة في نكاحين مشتبهين، بل في دعوى، والقرعة فيها إنَّما هي للمال لا لحلِّ البُضع؛ فلا يصحُّ ما حكاه القاضي عن أبي بكر النَّجَّاد بالكليَّة؛ فليحقَّق ذلك.

والرِّواية الثَّانية: يُفسخ النِّكاحان جميعًا، ثمَّ تتزوَّج من شاءت منهما أو من غيرهما إذا شاءت، نقلها أبو الحارث[1] ومهنَّى، وهي اختيار أبي بكر في «خلافه»، والخرقيِّ.

وحكى ابن أبي موسى في المسألة روايتين:

إحداهما: يبطل النِّكاحان.

والثَّانية: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ فهي له.

قال: (والأوَّل أظهر وأصحُّ).

وظاهره: أنَّ النِّكاحين يبطلان من غير فسخ، ويشهد له ما نقله ابن منصور عن أحمد في وليَّين زوَّجا امرأة، لا تدري أيُّهما زوَّج قبل؛ قال: ما أرى لواحد ههنا نكاحًا[2].

---

(١) نقلها القاضي في الروايتين والوجهين (٢/ ٩٥).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٤٩٤).

ومن الأصحاب من حكى ذلك وجهًا، وقيَّده بما إذا أمكن وقوعهما معًا.

وقد جعل القاضي في «خلافه» المذهب كذلك.

و أمَّا إن عُلم وقوعهما معًا؛ فهما جميعًا باطلان غير منعقدين.

وذكر القاضي في «خلافه»، وفي «كتاب الرِّوايتين»: أنَّ حكمه حكم ما لو وقعا[١] مترتِّبين، وجُهل أسبقهما، وفيه الرِّوايتان.

قال أبو البركات: (وهذا لا وجه له، ولعلَّه خرق الإجماع).

فأمَّا حكم المهر في هذين النِّكاحين المشتبهين؛ فقد سبق ذكره، وأنَّ في وجوب نصف المهر على من يخرج عليه القرعة فيهما[٢] وجهين.

فإن ماتت المرأة قبل الفسخ؛ ففي «المغني» احتمالان:

أحدهما: يوقف نصف ميراثها أو ربعه حتَّى يصطلحا عليه.

والثَّاني: يقرِع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ حلف أنَّه المستحِقُّ ووَرِث.

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (وكلا الوجهين لا يخرَّج على المذهب، أمَّا الأوَّل؛ فلأنَّا لا نقف الخصومات قطُّ، وأمَّا الثَّاني؛ فكيف يحلف من قال: لا أعرف الحال، وإنَّما المذهب على رواية القرعة: أيُّهما قرع[٣]؛ فله الميراث بلا يمين.

(١) في (ب): وقوعا.

(٢) في (ب): منهما.

(٣) قوله: (أيهما قرع) سقط من (ب).

وأمَّا على قولنا: لا يقرع، فإذا قلنا: إنَّها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة؛ فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق الأولى، وإن قلنا: لا مهر؛ فهنا قد يقال بالقرعة أيضًا) انتهى[(١)].

وإن مات الزَّوجان جميعًا؛ فلها ربع[(٢)] ميراث أحدهما، فإن اتَّفقت هي مع أحد الزَّوجين قبل موته أو مع ورثته أنَّه هو السَّابق؛ فالميراث لها منه بغير إشكال.

وإن ادَّعت أنَّ أحدهما هو السَّابق، وأنكر هو أو ورثته؛ فالقول قولهم مع أيمانهم، فإن نكلوا؛ قضي عليهم.

وإن لم تقرَّ المرأة بسبق أحدهما؛ ففي «المغني» احتمالان:

أحدهما: أن تحلف ورثة كلٍّ منهما ويبرأ.

والثَّاني: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ فلها ربع ميراثه.

وهذا الوجه الثَّاني يتعيَّن فيما إذا أنكر الورثة العلم بالحال، ويشهد له نصُّ أحمد في رواية حنبل وغيره؛ فيمن زوَّج إحدى بناته من رجل ثمَّ مات الأب، ثمَّ مات الزَّوج، ولم يُعلم عين الزَّوجة: أنَّه يقرع بينهنَّ، فأيَّتهنَّ أصابتها القرعة؛ فهي الَّتي ترثه[(٣)].

وقد ذكر ذلك صاحب «المغني» أيضًا فيما إذا ادَّعى كلٌّ منهما أنَّه السَّابق بالعقد، ولم تُقِرَّ الزَّوجة[(٤)] لواحد منهما بذلك، ثمَّ ماتا: أنَّه

---

(١) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٢٩٩).

(٢) في (ب): ربع مهر.

(٣) ينظر: المغني (٧/ ٦٢).

(٤) قوله: (الزَّوجة) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

يقرع بينهما، ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه، ولم يذكر فيه خلافًا.

ومنها: إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة، ثمَّ طلَّق الجميعَ ثلاثًا؛ فالمشهور عند الأصحاب: أنَّه يخرُجُ منهنَّ أربع بالقرعة، فيكُنَّ المختارات، وله نكاح البواقي بعد عدَّة الأربع؛ بناء على أنَّ الطَّلاق اختيار، والقرعة لها مدخل في تعيين المطلَّقات المبهمات، فيميَّزن بالقرعة، ويحكم باختيارهنَّ، وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق؛ فيباح له نكاحُهنَّ[(١)] بدون زوجٍ وإصابةٍ بعد انقضاء عدَّة الأربع.

وقال القاضي في «خلافه» في كتاب البيع: يَطلُقُ الجميع ثلاثًا؛ لأنَّ نكاحهنَّ ثابت لم يحكم بفساده، فيلحقهنَّ الطَّلاق الثَّلاث؛ فلا ينكح شيئًا منهنَّ إلَّا بعد زوج وإصابة.

وهذا يرجع إلى أنَّ الطَّلاق فسخ وليس باختيار، ولكن يلزم منه أن يكون للرَّجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرَّف فيهنَّ بخصائص ملك النِّكاح من الطَّلاق وغيره، وهو بعيد.

واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين: أنَّ الطَّلاق ههنا فسخ لا يحسب من الطَّلاق الثَّلاث، وليس باختيار[(٢)].

وإن مات قبل أن يختار منهنَّ أربعًا؛ فإنَّه يقرع بينهنَّ، فيورَّث أربع منهن بالقرعة.

---

(١) في (ب): نكاحين.

(٢) الاختيارات (ص ٣٢٦).

وأما العدَّة؛ ففيها وجهان:

أحدهما: على الجميع عدَّة الوفاة، قاله القاضي في «الجامع»؛ لأنَّه مات والكلُّ محبوسات على نكاحه؛ فكان عليهنَّ عدَّة الوفاة، وإسلامه لم يوجب البينونة في الزَّائد على الأربع، بل البينونة تقف على اختياره، فإذا اختار في حياته أربعًا؛ فعدَّة البواقي من حين الاختيار على المشهور، لا من حين الإسلام.

الثَّاني: وهو قول القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وصاحب «المغني»: أنَّ عليهنَّ أطول الأمرين من عدَّة الوفاة وعدة الوطء؛ وعلَّلوه: بأنَّ أربعًا منهنَّ زوجات والبواقي موطوءات بشبهة؛ فيجب على الجميع أطول العدَّتين؛ لتبرأ الذِّمَّة من العدَّة الواجبة بيقين.

وهذا لا يتخرَّج إلَّا على القول: بأنَّ البينونة تثبت بالإسلام وتتبيَّن بالاختيار، فإذا اختار أربعًا؛ فعدَّة البواقي من حين إسلامه.

أمَّا إذا قلنا: عدَّتهن من حين اختياره فهنَّ زوجات له حتَّى يختار؛ فلا يتوجَّه أن يجب عليهنَّ سوى عدَّة الوفاة، إلَّا أن يقال: نكاحهنَّ في حكم الفاسد؛ لأنَّه لا يجوز استدامته بحال؛ فلا يجوز[١] أن يثبت له خصائص النِّكاح الصَّحيح.

ويجاب عنه: بأنَّ النِّكاح الفاسد إذا اتَّصل به الموت؛ أوجب عدَّة الوفاة على المنصوص، فهذا أولى.

ويلتحق بهذه المسألة: ما إذا طلَّق واحدة مبهمة، أو معيَّنة ثمَّ

---

(١) زيد في (ب) و(ج): (له)، وضُرب عليها في (أ).

أنسيها، ثمَّ مات قبل القرعة؛ فإنَّا نقرع بينهنَّ، ونخرج المطلَّقة بالقرعة، ونورِّث البواقي، كما نصَّ عليه أحمد[١].

وأمَّا العدَّة؛ فذكر القاضي في «خلافه»: أنَّه يجب على كلٍّ واحدة منهنَّ عدَّة الوفاة إن لم يكن دخل بهنَّ؛ ليسقط الفرض بيقين، وإن دخل بهنَّ؛ لزمهنَّ أطول الأمرين من عدَّة الطَّلاق من حينه وعدَّة الوفاة من حينها؛ لأنَّ كلَّ واحدة منهنَّ تحتمل أن تكون مطلَّقة وأن تكون زوجة؛ فلا تبرأ الذِّمَّة بدون ذلك.

وهذا يخالف المنصوص عن أحمد؛ فإنَّه نصَّ في رواية أبي طالب أنَّه يقرع بينهنَّ، فأيَّهنَّ أصابتها القرعة؛ لم تورَّث ولم تعتدَّ. ومراده: أنَّها لا تعتدُّ عدَّة الوفاة[٢].

وهذا يدلُّ على أنَّ[٣] العدَّة تابعة للميراث، وهو ظاهر كلام القاضي في «المجرَّد»، فمن خرجت لها قرعة الطَّلاق؛ فليس عليها سوى عدَّة الطَّلاق من حينها، وعلى البواقي عدَّة الوفاة من حينها؛ لأنَّ القرعة بيِّنة شرعيَّة، وقد حكمنا بحلِّ البُضع بها كما سبق؛ فجاز أن ينبني عليها حكم العدَّة؛ لأنَّها من توابع الطَّلاق ولوازمه.

---

(١) ذكر في المغني (٧/ ٤٩٨)، رواية إسماعيل بن سعيد الشالنجي أنه قال: سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق؟ قال: أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة. قلت: أرأيت إن مات هذا؟ قال: أقول بالقرعة.

(٢) جاء في الكافي (٣/ ٢٠١): (والمنصوص: أنه يقرع بينهن، فتعتد واحدة منهن عدة الطلاق، وسائرهن عدة الوفاة).

(٣) قوله: (أنَّ) سقط من (أ).

فعلى هذا المنصوص: يتخرَّج في مسألةِ مَن[١] أسلم على أكثر من أربع، ثمَّ مات قبل أن يختار منهنَّ: أن يقرع بين أربع منهنَّ؛ فيكُنَّ المختارات، ويلزمهنَّ عدَّة الوفاة من حينها، ويلزم البواقي عدَّة الوطء من حين الإسلام - إذا قلنا: إنَّ عدَّتهنَّ من حين الإسلام -.

وعلى قول القاضي: على الجميع الاعتداد بأطول الأجلين.

ومنها: إذا أصدق الزَّوجة عبدًا من عبيده؛ فحكى طائفة من الأصحاب في المسألة روايتين:

إحداهما: أنَّه يعيَّن بالقرعة.

والثَّانية: لها الوسط منهم.

وخرَّج ابن عقيل فيها وجهين آخرين:

أحدهما: أنَّه يعطيها[٢] ما يختاره هو.

والثَّاني: تعطى ما تختاره هي.

واختار: أنَّهم إن تساووا؛ فلها واحد بالقرعة، وإلَّا فلها الوسط.

والمنصوص عن أحمد في ذلك: ما نقله عنه مهنَّى في رجل تزوَّج امرأة على عبد من عبيده، فقال: أعطيها من أخسِّهم، قال: ليس له ذاك، ولكن يعطيها من أوسطهم، فقلت له: ترى أن يقرع بينهم؟ فقال: نعم، فقلت: تستقيم القرعة في هذا؟ قال: نعم، يقرع بين العبيد[٣].

---

(١) في (أ): فيمن.

(٢) في (ب) و(ج): يعطها.

(٣) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ١٢٨)، والمغني (٧/ ٢٢١)، إعلام الموقعين (٣/ ٥٧).

وتأوَّل أبو بكر هذا على أنَّه تزوَّجها على عبد معيَّن واشتبه.

قال القاضي: (ولا يصحُّ هذا التَّأويل)، قال[١]: (لأنَّه قال: تُعَطى وسطَهم، ولو كان معيَّنًا؛ لم يُعتبر الوسط).

ونقل عنه جعفر بن محمَّد: يقوَّم الخادم وسطًا على قدر ما يُخدَمُ مثلُها[٢].

ومنها: إذا دعاه اثنان إلى وليمة عرس، واستويا في الصِّفات المرجِّحة؛ أُقرع بينهما.

ومنها: إذا زُفَّت إليه امرأتان معًا؛ فإنَّه يقدِّم إحداهما بالقرعة.

ومنها: إذا أراد السَّفر بإحدى زوجاته أو البِداءة بها؛ لم يجز بدون قرعة، إلَّا أن يرضى البواقي بذلك.

ومنها: لو طلَّق امرأة من نسائه مبهمة؛ بأن قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ولم ينوِ معيَّنًا؛ فإنَّه يعيِّن المطلَّقة بالقرعة في ظاهر المذهب، ونصَّ عليه أحمد في رواية جماعة[٣].

وفيه رواية ثانية: أنَّ له تعيينها باختياره.

وتوقَّف أحمد مرَّة فيها[٤] في رواية أبي الحارث.

ومنها: إذا طلَّق واحدة معيَّنة من نسائه، ثمَّ أنسيها، أو جهلها

---

(١) قوله: (قال) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ).
(٢) ينظر: المغني (٧/ ٢٢٠).
(٣) في (ج): الجماعة. ينظر: المغني (٧/ ٤٩٦).
(٤) قوله: (فيها): سقط من (ب).

ابتداء؛ كمن قال: إن كان هذا الطَّائر غرابًا ففلانة طالق، وإن لم يكن غرابًا ففلانة طالق، وطار ولم يعرف ما كان؛ فالمشهور أيضًا: أنَّها تعيَّن بالقرعة، ويحلُّ له البواقي؛ كما أنَّه لو أعتق أمة من إمائه وأنسيها؛ عيَّنها بالقرعة، وحلَّ له البواقي؛ لأنَّ القرعة قامت مقام الشَّاهد والمخبر للضَّرورة، والشَّارع لم يكلِّف العباد بما في نفس الأمر، بل بما ظهر وبدا، وإن كان مخالفًا لما[1] في نفس الأمر، والمجهول كالمعدوم ما دام مجهولًا، فإذا عُلم؛ ظهر حكمه؛ كالاجتهاد مع النَّصِّ، والتَّيمُّم مع الماء[2]، وقد نصَّ أحمد صريحًا على هذا في رواية جماعة.

وعن أحمد: أنَّه لا يقرع، بل يوقف الأمر حتَّى يتبيَّن.

قال الشَّالنجيُّ: سألت أحمد عن الرَّجل يطلِّق امرأة من نسائه ولا يعلم أيَّتهنَّ طلَّق؟ قال: أكره أن أقول في الطَّلاق بالقرعة، قلت: أرأيت إن مات هذا؟ قال: أقول بالقرعة؛ أي: لأجل الميراث بعد الموت[3].
وهذا اختيار صاحب «المغني».

والمذهب الأوَّل.

وعليه؛ فلو ذكر أنَّ المطلَّقة غير من أصابتها القرعة، وأنَّه تذكَّر ذلك؛ لزمه الطَّلاق فيها، وهل يرجع إليه الَّتي وقعت عليها القرعة؟

توقَّف فيها[4] أحمد مرَّة.

---

(١) في (ب): لها.
(٢) في (ب) و(ج): بالماء.
(٣) ينظر: المغني (٧/ ٤٩٨).
(٤) قوله: (فيها) سقط من (ب).

وقال في رواية الميمونيِّ: إن كانت تزوَّجت؛ لم ترجع[١] إليه؛ لأنَّ حقَّ الزَّوج الثَّاني تعلَّق بها؛ فلا يقبل قوله في إبطال حقِّه وفسخ نكاحه.

وإن لم تتزوَّج؛ فإن كانت القرعة بفعل الحاكم؛ لم ترجع إليه أيضًا، نصَّ عليه في رواية الميمونيِّ أيضًا[٢].

قال ابن أبي موسى: وهو يرجع إلى أنَّ حكم الحاكم له تأثير في التَّحريم.

وفيما قاله نظر، بل الظَّاهر أنَّه يرجع إلى أنَّ فعل الحاكم حكم؛ فلا يقبل قول الزَّوج فيما يرفع فعل الحاكم؛ لأنَّ تعلُّق حكم الحاكم كتعلُّق حقِّ الزَّوج وأولى.

وإن لم تكن القرعة من الحاكم؛ رجعت إليه، نصَّ عليه أيضًا؛ لأنَّ إخباره بذلك مقبول قبل القرعة؛ فكذلك بعدها، إلَّا أن يتضمَّن إبطال حقٍّ لغيره، ولم يوجد ذلك هنا.

وعن أبي بكر وابن حامد: لا ترجع إليه؛ لأنَّه متَّهم في نفي الطَّلاق عنها؛ فلا يقبل قوله فيه.

ومنها: لو رأى رجلان طائرًا، فقال أحدهما: إن كان غرابًا؛ فامرأتي طالق ثلاثًا، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا؛ فامرأتي طالق ثلاثًا؛ ففيه وجهان:

---

(١) في (ب): لم يرجع.
(٢) ينظر: المغني (٧/ ٤٩٩).

أحدهما: يبني[(١)] كلُّ واحد منهما[(٢)] على يقين نكاحه، ولا يحكم عليه بالطَّلاق؛ لأنَّه متيقِّن لحِلِّ زوجته، شاكٌّ في تحريمها، بخلاف ما إذا كانت الزَّوجتان لرجل واحد؛ فإنَّه تيقَّن زوال النِّكاح في إحدى زوجتيه؛ فلذلك[(٣)] عُيِّنت بالقرعة، وهذا اختيار القاضي، وأبي الخطَّاب، وكثير من المتأخِّرين.

والثَّاني: أنَّه يقرع بينهما؛ فمن وقعت عليه القرعة؛ طَلَقَتْ زوجته؛ كما لو كانا لرجل واحد، وهو اختيار الشِّيرازيِّ في «الإيضاح»، وابن عقيل، والحلوانيِّ، وفي «الجامع» للقاضي: (أنَّه قياس المذهب).

وعلى الأوَّل؛ فمن اعتقد خطأ الآخر دونه؛ حلَّ له الوطء، وإن شكَّ وتردَّد؛ كفَّ عنه وجوبًا عند القاضي، وورعًا عند ابن عقيل.

والمنصوص عن أحمد في هذه المسألة: ما رواه عنه ابنه عبد الله أنَّه قال: يعتزلان نساءهما حتَّى يُتيقَّن[(٤)].

فيحتمل أن يكون حكَم بوقوع الطَّلاق على أحدهما ولكن لم يخرجه بالقرعة كما رواه الشَّالنجيُّ عنه.

ويحتمل - وهو الأظهر -: أنَّه منع من الوطء خاصَّة كما قاله القاضي.

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: تأمَّلت نصوص أحمد؛ فوجدته يأمر باعتزال

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): ينبني.
(٢) قوله: (منهما) سقط من (ب) و(ن).
(٣) في (ب): فكذلك.
(٤) ينظر: مسائل عبد الله (ص ٣٧٣).

الرَّجل امرأته في كلِّ يمين حلف الرَّجل عليها بالطَّلاق وهو لا يدري أهو بارٌّ فيها أم لا حتَّى يتيقن[١] أنَّه بارٌّ، فإن لم يعلم أنَّه بارٌّ؛ اعتزلها أبدًا، وإن علم أنَّه بارٌّ في وقت؛ اعتزلها وقت الشَّكِّ.

وحاصله: أنَّه متى علَّق الطَّلاق بشرطٍ وأمكن وجوده؛ فإنَّه يعتزل امرأته حتَّى يُعلم انتفاؤه، نصَّ على فروع هذا الأصل في مواضع:

منها: إذا قال: إن كنتِ حاملًا؛ فأنتِ طالق؛ يعتزلها حتَّى يتبيَّن الحمل.

ومنها: إذا وكَّل وكيلًا في طلاق امرأته؛ يعتزلها حتَّى يدري ما يفعل.

ومنها: إذا قال: أنتِ طالق ليلة القدر؛ يعتزلها إذا دخل العشر الأواخر؛ لإمكان أن يكون أوَّل ليلة.

ومنها: إذا قال: أنتِ طالق قبل موتي بشهر؛ فإنَّه يعتزلها مطلقًا، نقله عنه مهنَّى.

ومنها: مسألة إن كان الطَّائر غرابًا، وهي هذه المسألة[٢].

ومن مسائل القرعة: إذا قال لامرأته: إن ولدتِ ذكرًا فأنتِ طالق طلْقة، وإن ولدتِ أنثى فأنتِ طالق طلقتين؛ فولدت ذكرًا وأنثى متعاقبين، وأشكل السَّابق منهما؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّه يقع بها واحدة؛ لأنَّه اليقين، والزَّائد عليه مشكوك فيه

(١) في (ب) و(ج) و (د): يستيقن.

(٢) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ٣٧٢).

فيلغى، كما لو طلَّق وشكَّ: هل طلَّق[١] واحدة أو اثنتين؟ وهذا قول أبي الخطَّاب، ورجَّحه صاحب «المغني».

والثَّاني: يعيَّن الواقع منهما بالقرعة، قاله القاضي وابن عقيل؛ لأنَّه تحقَّق وقوع أحد المعلَّقين، وشكَّ في عينه؛ فمُيِّز بالقرعة، كما لو تيقَّن وقوع طلاق إحدى الزَّوجتين وشكَّ في عينها.

ومأخذ الخلاف: أنَّ القرعة لا مدخل لها في إلحاق الطَّلاق المشكوك فيه، ولها مدخل في تعيين المحلِّ المشتبه عند لحوق الطَّلاق لأحد الأعيان المشتبهة، فمن قال بالقرعة هنا؛ جعلها لتعيين إحدى الصِّفتين، وجعل وقوع الطَّلاق لازمًا لذلك، ومن منعها؛ نظر إلى أنَّ القصد بها هنا هو اللَّازم - وهو الوقوع - ولا مدخل للقرعة فيه، وهذا أظهر.

ومن غرائب مسائل القرعة في الطَّلاق: إذا قال لزوجاته الأربع: أيَّتكنَّ لم أطأها اللَّيلة؛ فصواحباتها طوالق، ولم يطأ تلك اللَّيلة واحدة منهنَّ؛ فالمشهور عند الأصحاب: أنَّهنَّ يَطْلُقنَ ثلاثًا ثلاثًا؛ لأنَّ شرط الطَّلاق - وهو خلوُّ الوطء في اللَّيلة - قد تحقَّق في آخر جزء منها، فإذا بقي جزء منها لا يتَّسع للإيلاج؛ تحقَّق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة، فيَطْلُقن[٢] الجميع ثلاثًا ثلاثًا؛ لأنَّ لكلِّ واحدة ثلاث صواحبات لم يطأهنَّ، فاجتمعت شروط وقوع الثَّلاث عليها.

(١) قوله: (طلق) سقط من (أ).
(٢) في (ب): فتطلق.

وحكى أبو بكر في «التَّنبيه»: في المسألة وجهين عن الأصحاب:

أحدهما: هذا.

والآخر - وهو الَّذي ذكره أوَّلًا وجزم به -: أنَّ إحداهنَّ تطلق ثلاثًا والبواقي تطلق اثنتين اثنتين.

وعلَّله: بأنَّه لمَّا امتنع عن الأولى؛ طَلَقتِ الثَّلاث واحدة واحدة، فلمَّا امتنع عن الثَّانية؛ طَلَقتِ الأولى واحدة والثَّالثة والرابعة ثنتين، فلمَّا امتنع عن الثَّالثة؛ طَلَقتِ الأولى اثنتين، والثَّانية اثنتين، والثَّالثة كذلك، وبانت الرَّابعة، فلمَّا امتنع عن الرَّابعة؛ امتنع عنها وهي غير زوجة؛ فلم يقع بالامتناع منها طلاق.

فعلى هذا الوجه؛ ينبغي أن يُقرَع بينهنَّ، فمن خرجت لها قرعة الثَّلاث؛ حَرُمت بدون زوج وإصابة، وملك رجعة البواقي.

وشرح كلامه: أنَّه يقدَّر الامتناع من وطئهنَّ مرتَّبًا؛ لأنَّه لا يمكن إلَّا كذلك، فإذا بقي من اللَّيلة زمن لا يتَّسع للإيلاج في أربع؛ فقد تعذَّر وطء الأولى حينئذٍ؛ فتطلُقُ الثَّلاثة البواقي طلقة طلقة، فإذا بقي زمن لا يتَّسع للإيلاج في الثَّلاث؛ فقد تعذَّر وطء الثَّانية؛ فطَلَقتِ الأولى والثَّالثة والرَّابعة طلْقة طلْقة، فيجتمع على الأولى والثَّانية طلقة، وعلى الثَّالثة والرَّابعة طلقتان، فإذا بقي زمن لا يتَّسع للإيلاج في اثنتين؛ فقد تعذَّر وطء الثَّالثة، فتطلق به الأولى والثَّانية والرَّابعة؛ فيجتمع على الأولى والثَّانية طلْقتان، وعلى الرَّابعة ثلاث طَلَقات؛ فتَحرُم حينئذٍ، وتخرج عن الزَّوجيَّة[1]؛ فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطًا لطلاق صواحباتها؛ لأنَّ

(١) في (أ) و(ب): الزوجة مكان (عن الزَّوجيَّة).

تقدير كلامه: أيَّتكنَّ لم أطأها اللَّيلة وهي زوجتي، وقد تعذَّر ذلك في هذه الرَّابعة.

وهذا يرجع إلى أنَّه متى حلف بالطَّلاق على فعل شيء في وقت متَّسع، فتعذَّر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت؛ أنَّه لا يحنث؛ لأنَّ حنثه إنَّما هو بترك ذلك في آخر الوقت؛ فيستدعي وجود المحلوف عليه حينئذ، والمعروف من المذهب: أنَّه يحنث في حال التَّعذُّر؛ كما لو حلف ليشربنَّ ماء هذا الكوز اليوم، فتلف قبل مضي اليوم؛ فإنَّه يحنث في الحال.

وعلى ما ذكره أبو بكر: لا يحنث.

وقال صاحب «المستوعب»: ويمكن أن يقال: الأوَّلة منهنَّ من كان وقت اليمين حصتها[1] من القسم، والثَّانية الَّتي تليها.

ومنها: إذا ادَّعى الزَّوج الرَّجعة، والزَّوجةُ انقضاءَ العدَّة، في آن واحد؛ ففيه وجهان:

أحدهما: القول قول المرأة؛ لأنَّ الزَّوج مدَّعٍ، وهي تنكر.

والثَّاني: يقرع بينهما، فمن قَرَع؛ فالقول قوله.

ومنها: إذا آلى من واحدة معيَّنة[2] واشتبهت عليه؛ فإنَّها تُميَّز بالقرعة، ذكره أبو بكر.

وإن آلى من واحدة مبهمة؛ ففي «المحرَّر» وجهان:

(١) في (أ): حظها.
(٢) في (أ): بعينها.

أحدهما: تُعيَّن بالقرعة.

والثَّاني: بتعيينه.

وهما مخرَّجان من الرِّوايتين في مسألة الطَّلاق.

وفي «المغني»: له وطء الجميع سوى واحدة منهنَّ، فإذا لم يبق سوى واحدة؛ تعيَّن الإيلاء فيها، لأنَّه لا يمكن وطؤها بدون الحنث في هذه الحال، بخلاف ما قبلها؛ فلا يصير موليًا بدون ذلك.

ومنها: إذا تعذَّر إثبات النَّسب بالقافة؛ إمَّا لعدمها، أو لعدم إلحاقها النَّسب لإشكاله عليها، أو لاختلافها فيه ونحو ذلك؛ فالمشهور: أنَّه لا يُلحق بالقرعة.

وقد قال أحمد في رواية علي بن سعيد[1] في حديث عليٍّ؛ في ثلاثة وقعوا على امرأة، فأقرع بينهم[2]؛ قال: (لا أعرفه صحيحًا)، وأوهنه[3]، وقال في رواية ابن منصور: (وحديث عمر في القافة أعجب

(١) في (أ): سعد. والمثبت موافق للمشهور من رواة الإمام أحمد: علي بن سعيد بن جرير النسوي.

(٢) أخرجه أحمد (١٩٣٤٢)، وأبو داود (٢٢٦٩)، والنسائي (٣٤٩٠)، عن زيد بن أرقمَ رضي الله عنه قال: «كنت جالسًا عند النبي ﷺ، فجاء رجل من اليمن، فقال: إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا عليًّا يختصمون إليه في ولد، وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد، فقال لاثنين منهما: طِيبَا بالولد لهذا، فغَلَيَا، ثم قال لاثنين: طِيبَا بالولد لهذا، فغَلَيَا، ثم قال لاثنين: طِيبَا بالولد لهذا، فغَلَيا، فقال: أنتم شركاء متشاكسون، إني مُقرِع بينكم، فمن قَرَع فله الولد، وعليه لصاحبيه ثُلُثا الدية، فأقرع بينهم، فجعله لمن قَرَع، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أضراسه أو نواجذه».

(٣) ينظر: الطرق الحكمية (٢/ ٦١٥).

إليَّ)[١]؛ يعني: من هذا الحديث.

وعلى هذا؛ فهل يضيع نسبه، أو يترك حتَّى يبلغ فينتسب إلى من يميل طبعه إليه من المدَّعِينَ له فيلحق به؟ على وجهين:

والأوَّل: قول أبي بكر.

والثَّاني: قول ابن حامد.

واختار صاحب «المحرَّر»: أنَّه يلحق بالمدَّعِيَيْنِ معًا؛ كالمدَّعيين لعين ليست في يد أحدهما إذا استويا في البيِّنة أو عدمها؛ فإنَّ العين تُقسم بينهما، كذلك ههنا يلحق النَّسب بهما؛ إذ لا يمكن إلحاقه بالقرعة.

وقال إسحاق بن إبراهيم: سألت أبا عبد الله عن حديث عمر: أنَّ رجلين اختصما إليه أنَّهما وقعا على امرأة في طهرها؛ أيش[٢] يقول فيه؟

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٦٧٦).

وحديث عمر ﵁: أخرجه مالك (٢/ ٧٢٠)، وعنه الشافعي كما في المسند (ص٣٣٠)، من طريق سليمان بن يسار: أن عمر بن الخطاب ﵁ كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة، فدعا عمر بن الخطاب قائفًا فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بن الخطاب بالدرة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك! فقالت: كان هذا - لأحد الرجلين - يأتيني وهي في إبل لأهلها، فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل، ثم انصرف عنها، فأهريقت عليه دماء، ثم خلف عليها هذا - تعني الآخر - فلا أدري من أيهما هو؟ قال: فكبر القائف، فقال عمر للغلام: «وال أيهما شئت».

(٢) قال في المعجم الوسيط (١/ ٣٤): (أيش: منحوت من "أيُّ شيء"، بمعناه، وقد تكلمت به العرب).

قال أحمد: إن وَلَدَتْ؛ خَيَّرتُ الابنَ أيَّهما شاء اختار، ويرثهما جميعًا، ويخيَّر في حياتهما أيَّهما شاء من الأبوين اختار(١).

قال القاضي: هذا موافق لقول ابن حامد: أنَّه ينسب إلى من اختار منهما.

وقال الحارثيُّ: إنَّما دلَّ على أنَّه ينسب إليهما، كما اختاره صاحب «المحرَّر»؛ لأنَّه ورثه منهما، ولم يوقفه إلى بلوغه، وتخييره إنَّما هو للحضانة.

والأظهر عندي: أنَّ مراد أحمد أنَّه إذا ألحقته القافة بالأبوين معًا؛ وَرِثَهما، وخُيِّر في المقام عند من يختاره منهما؛ فإنَّه سئل عن حديث عمر، وحديث عمر فيه هذان الحُكْمان.

وعن أحمد: أنَّه يقرع بينهما؛ فيلحق نسبه بالقرعة، ذكرها في «المغني» في كتاب الفرائض[١].

---

[١] كتب على هامش (ن): (قال في «المغني» في باب الاشتراك في الطهر، وهو باب بعد مسائل شتى في الفرائض، فقال فيه: "وروي عن علي أنه قضى في ذلك بالقرعة واليمين، قال: وبه قال ابن أبي ليلى وإسحاق، وعن أحمد نحوه إذا عدمت القافة"، ومقتضى هذا النقل: وجوب التميز مع القرعة في هذه الرواية، وليس في رواية صالح وحنبل تعرُّض لليمين، وحديث علي المشار إليه رواه زيد بن أرقم، وأخرجه أبو داود وغيره، ذكره في المنتقى فلينظر منه، ومقتضى عبارة «المغني»: أن الرواية عن أحمد =

---

(١) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ٦٧).

وهي مأخوذة - والله أعلم - مما روى صالح عن أبيه أنَّه قال: (القرعةَ أَراها، قد أقرع النَّبيُّ ﷺ في خمس مواضع)، فذكر منها: وأقرع في الولد حديث الأجْلَح عن الشَّعبيِّ عن أبي الخليل عن زيد بن أرقم(١)، وهو مختلف فيه، وأَذْهبُ إلى القرعة؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ أقرع.

قلت: إنَّ بعض النَّاس لا يجيزون القرعة إلَّا في الأموال.

فقال: أليس قد أقرع النَّبيُّ ﷺ بين نسائه، والقرعة في القرآن في موضعين(٢).

وظاهر هذا: أنَّه أخذ بالقرعة في النَّسب.

وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم، والاختلافَ فيه، وكلامَ الحفَّاظ عليه، وتوجيهَ ما تضمَّنه من توزيع الغرم، في جزء مفرد.

وقد قال أبو بكر عبد العزيز: لو صحَّ؛ لقلنا به.

وأمَّا حكم تحريم النِّكاح؛ فإن أَلحَقَت القافةُ الولدَ بأحد الواطئَينِ، وكان بنتًا؛ حلَّت لأولاد الآخر، ولم تحل لأحد من الواطِئَينِ؛ لكونها رَبيبةً له.

= بالقرعة والحكم بها إنما هي عند عدم القافة، وهو ظاهر عبارة صاحب الهدي كما يأتي. من حاشية الفروع لابن نصر الله).

---

(١) وهو الحديث المتقدم ذكره قريبًا عن زيد بن أرقم (٢/ ١٨٦).

(٢) ينظر: مسائل صالح (٢/ ١٠٣) وبعض ألفاظ الرواية غير مذكورة في المطبوع.
والموضعان هما: قوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ١٤١﴾ [الصَّافات: ١٤١]، وقوله تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عِمرَان: ٤٤].

وإن لم توجد قافة؛ فإن قلنا: يضيع النَّسب؛ حَرُمت على الواطِئَيْنِ وأولادهما؛ كما إذا اشتبهت ذاتُ مَحْرمٍ بأجنبيَّة، وإن قلنا: تترك حتَّى تبلغ، فتنتسب إلى أحدهما بميل الطَّبع؛ ففي حلِّها لولد الآخر[١] احتمالان، ذكرهما صاحب «التَّرغيب» في الرَّضاع بلبن هذه المرأة.

وأمَّا حكم العدَّة؛ فقال أكثر الأصحاب: إن ألحقت القافة الولد بأحدهما؛ انقضت به عدَّتها منه، ثمَّ اعتدَّت للآخر، وإن ألحقته بهما؛ انقضت به عدَّتها منهما.

وفي «الانتصار» لأبي الخطَّاب: لا يمتنع على أصلنا أن نقول: تنقضي به عدَّة أحدهما لا بعينه، وتعتدُّ للآخر فيما إذا ألحقته القافة بهما؛ كما لو وطئها رجلان بشبهة وجهل السَّابق.

وأمَّا إن ضاع نسبه؛ بأن لم يوجد قافة، أو أشكل عليهم؛ ففي «الإقناع» لابن الزَّاغونيِّ: يضاف إلى أحدهما بالقرعة، وتنقضي به عدَّتها منه، قال: (ويحتمل أن تستأنف العدَّة لهما؛ لأنَّه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما؛ حيث لم ينسب إلى واحد منهما).

وفي «المجرَّد» و«الفصول» و«المغني»: يلزمها أن تعتدَّ بعد وضعه بثلاثة قروء؛ لأنَّه إن كان من الأوَّل؛ فقد أتت بما عليها من عدَّة الثَّاني، وإن كان من الثَّاني؛ فعليها أن تكمل عدَّة الأوَّل؛ ليسقط الفرض بيقين.

وأمَّا حكم الميراث إذا تعذَّر إلحاق النَّسب بواحد منهما، ومات

---

(١) في (أ): للآخر.

الولد: ففي «المجرَّد» في كتاب العدد: (قياس المذهب أنَّه يقرع بينهما، فمن تقع عليه القرعة؛ حُكِم له بالميراث؛ كما قلنا: إذا طلَّق إحدى نسائه ومات)، ثمَّ قال: (فإن[١] كان للطفل أمٌّ ولأحد المتداعيين فيه ولدان، أو كان لها ولد ولأحدهما ولد؛ فيجوز أن يكون للميِّت أَخَوان، ويجوز ألَّا يكون؛ فيحكم لها بالثُّلث، ولا تحجب بالشَّكِّ).

قال الشَّيخ مجد الدِّين: (وفي هذا عندي نظر من وجهين:

أحدهما: أنَّ القرعة إنَّما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع بين الأمرين، وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا.

والثَّاني: أنَّ القاضي ذكر في «المجرَّد» في كتاب الفرائض: أنَّه يوقف المشكوك فيه حتَّى يصطلح عليه، ثمَّ العجب أنَّه جعل للأمِّ هنا الثُّلث؛ حيث يُشَكُّ؛ هل لها الثُّلث أو السُّدس؟ وكان ينبغي أن تعطى[٢] بمقتضى القرعة؟!) انتهى.

وأقول: القرعة هنا أرجح من الإيقاف؛ لأنَّ فيها فصلًا للأحكام، وأمَّا احتمال كونه منهما؛ فهو بعيد جدًّا؛ فلا تعويل عليه، وإنَّما التَّعويل على العادة الغالبة، وأنَّه ابن لواحد منهما.

نعم، لو عوَّلنا على هذا الاحتمال؛ لقسمنا إرثه بينهما بالسَّويَّة، وهو متوجِّه أيضًا.

وأمَّا دخول القرعة فيما تستحقه الأمُّ من الثُّلث أو السُّدس[٣]؛ فغير

---

(١) في (ب) و(ج): إن.
(٢) في (ب) و(ج) و(و): يعطى.
(٣) قوله: (أو السُّدس) هو في (أ) و(و): وهو السُّدس.

ممكن، كما لا تدخل(١) القرعة فيما يستحقه الخنثى من ميراثِ ذكرٍ أو أنثى، ولا فيما يستحِقُّه مَن له حاجب مفقود، ونحو ذلك.

تنبيه:

هذا الكلام في إلحاق النَّسب ابتداء بالقرعة، فأمَّا إذا أقرَّ بولد مبهم من أَمَةٍ[١] له، ثمَّ مات ولم يبيِّن(٢)، وتعذَّرت القافة؛ أقرعنا لأجل الحريَّة، فمن خرجت عليه القرعة؛ فهو حرٌّ.

وهل يثبت نسبه بذلك؟ فيه خلاف سبق ذكره[٢]؛ لأنَّ الحريَّة هنا مستندة إلى الإقرار[٣]، والقرعة مرجِّحة.

ومنها: أنَّ الغلام إذا بلغ سبع سنين؛ فإنَّه يخيَّر بين أبيه وأمِّه في الحضانة على ظاهر المذهب، فإن لم يختر واحدًا منهما، أو اختارهما جميعًا؛ أقرع بينهما على المشهور.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: أن يقر بوطئها ولا زوج لها، كما قيده في الثاني بذلك).

[٢] كتب على هامش (ن): (في قاعدة: "يثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا"، لا هذه القاعدة كما قد توهمه بعضهم) ينظر: (٢/ ٥٠٤).

[٣] كتب على هامش (ن): (قال في «الكافي»: "فمن خرجت عليه القرعة عَتَق وورِث" انتهى، ويقتضي حكمه بالإرث ثبوتَ النسب بذلك، وصرح به بعد ذلك، وقال: "إنه قياس المذهب").

---

(١) في (ب): يدخل.

(٢) في (ب): يتبين.

وفيه وجه: يعطى لأمِّه.

وأمَّا قبل السَّبع؛ فإذا استوى في استحقاق حضانته رجلان؛ كأخوين، أو امرأتان؛ كأختين؛ فإنَّه يعيَّن أحدهما بالقرعة أيضًا.

ومنها: إذا استحقَّ القَوَدَ جماعة، وتشاحُّوا في مباشرة الاستيفاء؛ ففيه وجهان:

أشهرهما: أنَّه يقدَّم أحدهم بالقرعة.

والثَّاني: بتعيين الإمام، قاله ابن أبي موسى.

هذا إذا كان المقتول واحدًا.

فإن كانوا جماعة، وطلب وليُّ كلٍّ واحد منهم أن يقتصَّ على الكمال؛ ففيه وجهان أيضًا:

أحدهما: أنَّه يقرع بينهم، فمن خرجت قرعته؛ أُقيد به، ويجب للباقين الدِّيَة.

والثَّاني: يبدأ بالسَّابق في القتل؛ فيقاد به، وتتعيَّن الدِّيَة للباقين، فإن قتلهم دفعة واحدة؛ قُدِّم من تخرج(١) له القرعة.

ولم يذكر صاحب «المغني» سوى هذا الوجه.

وقال أبو الخطَّاب في «الانتصار»: يقتل للجميع، ويؤخذ من ماله بقيَّة ديات الجميع يقسم بينهم، وحكى أنَّ المنصوص عن أحمد: أنَّهم إذا طلبوا القتل؛ فليس لهم غيره، ويكون قد أخذوا بعض حقوقهم، ويسقط(٢) بعضها.

---

(١) في (ب): يخرج.

(٢) في (ب): وسقط.

وبَعَّده: بأنَّ القصاص لا يتبعَّض في الاستيفاء[١] والإسقاط.

ومنها: إذا أعطينا الأمان لمشرك في حصن ليفتحه لنا، ففعل، ثمَّ اشتبه علينا، وادَّعى كلٌّ منهم أنَّه المستأمِن؛ ففيه وجهان:

أحدهما، وهو المنصوص في رواية ابن هانئ: أنَّه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعًا.[٢]

والثَّاني: يخرج أحدهم بالقرعة؛ فيكون حرًّا، ويرقُّ الباقون، وحكي عن أبي بكر والخرقيِّ؛ لأنَّ القرعة تميِّز الحرَّ من العبد عند الاشتباه؛ ولو كان حرَّ الأصل، كما لو أقرَّ أنَّ أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولدُه، ثمَّ مات ولم توجد[٣] قافة؛ فإنَّا نقرع بينهما للحريَّة؛ وإن كان حرَّ الأصل.

ومن[٤] نصر الأوَّل؛ قال: إرقاق الباقين هنا يؤدِّي إلى ابتداء الإرقاق مع الشَّكِّ في إباحته، بخلاف من أعتق أحد عبيده واشتبه عليه؛ فإنَّه ليس فيه سوى استدامة الإرقاق مع الشَّكِّ في زواله؛ فالاستدامة تبقية على الأصل الَّذي لم يتحقَّق زواله، والابتداء نقل عن الأصل المتحقِّق مع الشَّكِّ في إباحته.

نعم، لو كان المعطى[٥] للأمان امرأةً، واشتبهت علينا؛ لتوجَّه جواز

(١) في (ب) و(ج): بالاستيفاء.
(٢) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ١٢١).
(٣) في (ب) و(هـ): يوجد.
(٤) في (ب): من.
(٥) في (ب) و(ج): المعطي.

استرقاق[١] النِّساء سوى واحدة بالقرعة؛ لأنَّ النِّساء يصرن أرقَّاء بنفس السَّبي؛ فقد اشتبه ههنا الرَّقيق بحرِّ الأصل؛ فهي كمسألة الإقرار المشار إليها.

وكذلك لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه، ثمَّ فتحناه، وادَّعى كلُّهم أنَّه المسلم؛ فإنَّه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترقُّ، ويسترقُّ الباقون؛ لأنَّهم إنَّما أسلموا بعد القهر، وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص؛ فقد اشتبه ههنا الحرُّ بمن ثبت استرقاقه؛ فيميَّز بالقرعة.

وجعل أصحابنا حكم هذه المسألة حكم مسألة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها.

ومنها: إذا ضَمِنَّا مالًا لمن يفتح الحصن، فادَّعى اثنان منهم[٢] أنَّه الَّذي فتحه دون الآخر؛ فقال أبو بكر في «التَّنبيه»: فيه قولان:

أحدهما: أنَّ المال بينهما جميعًا؛ لأنَّهما فيه سواء بدعواهما له.

والآخر: يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة؛ كان المال له.

ومنها: إذا قُسم خُمُس الغنيمة؛ فإنَّه يُجَزَّأ خمسة أقسام بالسَّويَّة؛ سهمٌ لله وللرَّسول، وسهمٌ لذوي القربى، وسهمٌ لليتامى، وسهمٌ للمساكين، وسهمٌ لأبناء السَّبيل، ثمَّ يقرع بينها برقاع يكتب فيها أسهام كلِّ سهم من هذه السِّهام، فمن خرج له سهم؛ فهو له من غير تخيُّر.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): إرقاق.

(٢) في (أ): فادعى اثنان منهم كلٌّ منهما. وفي (د) و(هـ): فادعى اثنان كلٌّ منهما. وفي (ج): فادعى اثنان.

وكذلك الفيء إذا قلنا: إنَّه يخمَّس، ذكره أبو حفص العُكْبَريُّ، حكاه عنه الآمديُّ، وذكر في ذلك آثارًا عن عثمان وعليٍّ وغيرهما من الصَّحابة رضي الله عنهم[١].

ومنها: لو حلف بيمين ولم يدر أيَّ الأيمان هي؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّه لا يلزمه شيء، قال في رواية ابن منصور، في رجل حلف بيمين لا يدري ما هي طلاق أو غيره؛ قال: لا يجب عليه الطَّلاق حتَّى يعلم أو يستيقن[٢].

وظاهره: أنَّه لا يلزمه شيء من موجَبات الأيمان كلِّها؛ لأنَّ الأصل براءة الذِّمَّة من موجَب كلِّ يمين بانفرادها.

وتوقَّف أحمد في رواية أخرى، قال صالح: سألت أبي عن رجل حلف على يمين لا يدري بما[٣] حلف؛ بالله، أو بالطَّلاق، أو بالمشي؟

(١) من قوله: (ومنها: إذا قسم خمس الغنيمة) إلى هنا سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).
وأثر عثمان رضي الله عنه: أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٣٨٤)، عن مالك بن عبد الله الخثعمي، قال: كنا جلوسًا عند عثمان، فقال: «من ههنا من أهل الشام؟» فقمت، فقال: «أَبْلِغْ معاوية إذا غنم غنيمة أن يأخذ خمسة أسهم، فليكتب على سهم منها "لله" ثم لِيُقْرِعْ، فحيثما خرج منها فليأخذه».
وأثر علي رضي الله عنه: أخرجه عبدالله بن الإمام أحمد في فضائل الصحابة (٩١٣)، والبيهقي (١٢٩٨٩)، عن عاصم بن كليب، عن أبيه: «أن عليًّا قسم ما في بيت المال على سبعة أسباع، ثم وجد رغيفًا فكسره سبع كسر، ثم دعا أمراء الأجناد فأقرع بينهم».

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٨٩٢).

(٣) في (أ) و(ج) و(د) و(و): ما.

قال: لو عرف اجترأت أن أجيب فيها؛ فكيف إذا لم يدر؟![١]

وفي المسألة قولان آخران:

أحدهما: أنَّه يقرع بين الأيمان كلِّها؛ من الطَّلاق والعتاق والظِّهار واليمين بالله؛ فما خرج بالقرعة؛ لزمه مقتضاه.

وهو بعيد؛ لما تضمَّنه[٢] من إيقاع الطَّلاق والعتاق بالشَّكِّ، ولكنَّه احتمال ذكره ابن عقيل في «فنونه».

وذكر القاضي في بعض تعاليقه: أنَّه استُفتي في هذه المسألة، فتوقَّف فيها، ثمَّ نظر؛ فإذا قياس المذهب: أنَّه يقرع بين الأيمان كلِّها؛ الطَّلاق والعتاق والظِّهار واليمين بالله تعالى، فأيُّ يمين وقعت عليها القرعة؛ فهي المحلوف عليها.

قال: ثمَّ[٣] وجدت عن أحمد ما يقتضي أنَّه لا يلزمه حكم هذه اليمين، وذكر رواية ابن منصور المتقدِّمة[٤].

والثَّاني: أنَّه يلزمه كفَّارة كلِّ يمين؛ لأنَّه تيقَّن وجوب أحدها وشكَّ في عينه، ذكره ابن عقيل في «فنونه» أيضًا.

---

(١) ينظر: مسائل صالح (١/ ٣٠٠).

(٢) في (ب) و(ج): تتضمنه. وفي (د) و(هـ) و(و) و(ن): يتضمَّنه.

(٣) في (أ): ثم إن. وفي (و): ثم إنِّي.

(٤) قوله: (المتقدِّمة) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).
وزاد في (ب) و(ن): (وحكاه في موضع آخر منها عن القاضي: أنَّه كان يجيب بذلك قبل وقوفه على رواية ابن منصور المذكورة)، وقد ضُرب عليها في (أ).

وهو متَّجهٌ فيما إذا علم أنَّها إحدى الأيمان المكفَّرة، أمَّا إن شكَّ هل هي ممَّا يدخله التَّكفير أوْ لا؛ فلا يزول شكُّه بالتَّكفير المذكور.

وفي مسائل إبراهيم الحربيِّ: سمعت رجلًا يسأل أحمد بن حنبل عن يمين حلفها، فقال له أحمد: كيف حلفتَ؟ فقال له الرجل[1]: ليس أدري[2] كيف حلفتُ؟ فقال أحمد: حدَّثنا يحيى بن آدم؛ قال: قال رجل لشَريكٍ: حلفت وليس أدري كيف حلفتُ؟ فقال له شَريك: ليتني إذا دَرَيتَ أنت كيف حلفتَ دَرَيتُ أنا كيف أُفتيك! انتهى.

وهذه الرِّواية تحتمل أن يكون المراد: أنَّه لم يدرِ بماذا حلف؛ فتكون كرواية صالح السَّابقة.

ويحتمل أنَّه لم يدر ما حلف عليه؛ مثل أن يعلم أنَّه حلف بالطَّلاق - مثلًا - ليفعلنَّ[3] شيئًا، ونسي[4] ما حلف عليه؛ فهنا قد شكَّ في شرط الطَّلاق، وهو عدميٌّ؛ فلا يلزمه الطَّلاق على المذهب عند صاحب «المحرَّر».

وفيه وجه: يحنث في آخر أوقات الإمكان؛ لأنَّ الأصل وجود ما علِّق عليه، وهو العدم.

وإن حلف بالطَّلاق لا يفعل كذا، فهنا شرط الطَّلاق وجوديٌّ، وهو

(١) قوله: (له الرَّجل) سقط من (ب).
(٢) في (ب) و(ن): لا أدري. وفي (ج): أتدري.
(٣) في (ب) و(ن): أنَّه يفعل.
(٤) قوله: (ونسي) هو في (ب): ثمَّ نسي.

الفعل؛ فلا يقع الطَّلاق بالشَّكِّ في وجوده.

وأفتى الشَّيخ تقيُّ الدِّين فيمن حلف ليفعلنَّ شيئًا ثمَّ نسيه: أنَّه لا يحنث؛ لأنَّه عاجز عن البرِّ[١].

وهو يرجع إلى[٢] الوجه المذكور في الصُّورة الأولى.

ومنها: إذا تناضل[٣] حزبان واقتسموا الرِّجال بالاختيار، واختلفوا في البادئ بالاختيار من كلِّ حزب؛ أُقرع بينهم لذلك.

وكذلك إذا اختلف الرُّماة في المبتدئ بالرَّمي[٤] وتشاحُّوا؛ أُقرِع بينهم في قياس المذهب، قاله الآمديُّ.

واختار القاضي: أنَّه يقدَّم من أخرج السَّبَقَ، فإن لم يكن؛ أقرع بينهم.

واختار صاحب «التَّرغيب»: أنَّه لا يصحُّ عقد المناضلة حتَّى يعيَّن فيه المبتدئ بالرَّمي.

ومنها: إذا استوى اثنان من أهل الفيء في درجة[٥]؛ ففي «المجرَّد»: يقدَّم أسنُّهما، ثمَّ أقدمهما هجرة.

وفي «الأحكام السُّلطانيَّة»: يقدَّم بالسَّابقة في الإسلام، ثمَّ بالدين،

---

(١) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص٣٩٠).

(٢) قوله: (إلى) سقط من (أ).

(٣) قال في القاموس المحيط (ص ١٠٦٣): (ناضله مناضلةً ونضالًا ونيضالًا: باراه في الرمي. ونضلته: سبقته فيه).

(٤) في (ب): بالرَّامي.

(٥) في (ب): زوجة.

ثم بالسِّنِّ، ثمَّ بالشَّجاعة، ثمَّ وليُّ الأمر مخيَّر: إن شاء أقرع بينهما، وإن شاء رتَّبهما على رأيه واجتهاده.

ومنها: إذا تنازع الإمامة العظمى اثنان، وتكافئا في صفات التَّرجيح؛ قُدِّم أحدهما بالقرعة، قال القاضي: هذا قياس المذهب؛ كالأذان.

ومنها: لو عُقِدت الإمامة لاثنين في عقدين مترتِّبين، وجُهل السَّابق منهما؛ فقال القاضي: (يخرَّج على روايتين:

إحداهما: بطلان العقد فيهما.

والثَّانية: استعمال القرعة؛ بناء على ما إذا زوَّج الوليَّان وجُهِل السَّابق منهما[١]؛ فإنَّه على روايتين، كذلك هنا) انتهى.

ولكنَّ المشهور في حكاية الرِّواية الأولى في كتب القاضي وأصحابه: أنَّه يفسخ النِّكاحان، وقياس هذا: أن يفسخ العقدان، لا أنَّهما يبطلان من غير فسخ.

ومنها: إذا ولَّى الإمام قاضيين في بلد عملًا واحدًا - وقلنا بصحَّة ذلك -، فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان إليه؛ فالقول قول المدَّعي، فإن تساويا في الدَّعوى؛ اعتُبِر أقرب الحاكمين[٢] إليهما، فإن استويا؛ أُقرع بينهما.

وقيل: يمنعان من التَّخاصم حتَّى يتَّفقا على أحدهما.

قال القاضي: والأوَّل أشبه بقولنا.

---

(١) في (أ): أسبقهما.

(٢) في (ب) و(ج): الحالين.

ومنها: إذا هجم الخصوم على القاضي دفعة واحدة، وتشاحُّوا في التَّقدُّم، وليس فيهم مسافر؛ فإنَّه يُقدَّم أحدهم بالقرعة.

وكذلك إذا ادَّعى الخصمان عنده معًا؛ فإنَّه يُقدِّم أحدهما بالقرعة.

ومنها: القرعة في القسمة، إذا عدَّل القاسم السِّهام بالأجزاء إن تساوت، وبالقيمة إن اختلفت، وبالرَّدِّ فيما يقتضي الرَّدَّ؛ فإنَّه يُقرِع بين الشُّركاء، وهو مخيَّر: إن شاء كتب اسم كلِّ واحد منهم في رقعة، ثمَّ يخلط الرِّقاع ويخرج على كلِّ سهم(١) رقعة منها، وإن شاء كتب اسم كلِّ سهم في رقعة، ثمَّ خلطها وأخرج واحدة واحدة منها على اسم واحد واحد من الشُّركاء، فإذا تمَّت القرعة؛ لزمت القسمة للشُّركاء.

وفيه وجه: لا يلزم فيما فيه ردٌّ حتَّى يتراضيا به بعد القسمة؛ لأنَّها بيع إذا دخلها الرَّدُّ؛ فيشترط لها التَّراضي.

ومنها: إذا تداعى اثنان عينًا بيد ثالث، فأقرَّ بها لأحدهما مبهمًا وقال: لا أعلم عينه؛ فإنَّه يقرع بينهما، فمن قَرَع؛ فهي له.

وهل يحلف؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر.

والمنصوص عن أحمد: أنَّ عليه اليمين، وعليه حُمِل حديث أبي هريرة: «إذا أحبَّ الرَّجلان اليمين أو كرهاها؛ فلْيَسْتَهِما عليها»(٢)، لكنَّه قال: (إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما؛ فهي له بغير يمين)(٣).

---

(١) في (ب) و(ج): اسم.

(٢) أخرجه أحمد (٨٢٠٩)، وأبو داود (٣٦١٧)، والبخاري بمعناه (٢٦٧٤).

(٣) من رواية الميموني كما في الفروع (١١/ ٢٥٩).

ولا فرق بين أن تكون[١] وديعة، أو عاريَّة، أو رهنًا، أو بيعًا مردودًا بعيب أو خيار أو غيرهما، نصَّ عليه في المردود في رواية ابن منصور.

وإن قال من هي في يده: ليست لي، ولا أعلم لمن هي؛ ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: يقترعان عليها؛ كما لو أقرَّ بها لأحدهما مبهمًا.

والثَّاني: تجعل عند أمين الحاكم.

والثَّالث: تقرُّ في يد من هي في يده.

والأوَّل ظاهر كلام أحمد في رواية صالح وأبي طالب وأبي النَّضر وغيرهم[٢]، والوجهان الآخران مخرَّجان من مسألة من في يده شيء معترف بأنَّه ليس له، ولا يعرف مالكه، فادَّعاه معيَّن؛ فهل يدفع إليه أم لا؟ وهل يقرُّ بيد من هو في يده، أم ينزعه الحاكم؟ فيه خلاف معروف.

ومنها: إذا تداعى اثنان عينًا ليست في يد أحد؛ ففيها وجهان:

أحدهما: يقسم بينهما؛ كالَّتي بأيديهما.

والثَّاني: يقرع بينهما؛ فتعطى لمن قَرَع؛ كما لو كانت بيد ثالث، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية صالح في اثنين تداعيا كيسًا ليست أيديهما عليه: (أنَّهما يستهمان عليه، فمن خرج سهمه؛ فهو له مع يمينه)[٣]، ولم يفرِّق بين أن يكون في يد غيرهما، أو لا يكون في يد أحد.

---

(١) في (ب) و(و): يكون.

(٢) ينظر: مسائل صالح (٢/ ٢٧٦).

(٣) ينظر: مسائل صالح (١/ ٢١٨).

ومنها: إذا تعارضت البيِّنتان؛ ففي المسألة ثلاث روايات:

إحداهنَّ: يسقطان بالتَّعارض، ويصيران كمن لا بيِّنة لهما.

والثَّانية: يستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين.

والثَّالثة: يرجَّح إحداهما بالقرعة، فمن قَرَع؛ حلف وأخذ العين.

هكذا حكى القاضي في بعض كتبه هذه الرِّواية(١)، وتبعه عليها كثير(٢) من الأصحاب، وأنكرها في كتاب «المجرَّد» و«الخلاف»، وقال: إنَّما معناها أنَّ البيِّنتين يسقطان بالتَّعارض، وتصير العين في يد غير المتداعيين؛ فيقرع بينهما على ما تقدَّم.

وصرَّح أحمد بهذا المعنى في رواية حنبل؛ فقال: (لو أقاما البيِّنة جميعًا؛ أسقطت البيِّنتين جميعًا؛ لأنَّ كلَّ واحدة منهما قد أكذبت صاحبتها، ويستهمان على اليمين)(٣).

وحكى ابن شهاب في «عيون المسائل» رواية أخرى: أنَّه يوقف الأمر حتَّى يتبيَّن(٤) أو يصطلحا عليه.

ولو كانت العين المتنازع فيها بيد(٥) أحدهما؛ فلا تعارض، بل تقدَّم بيِّنة الخارج في أشهر الرِّوايتين.

---

(١) كما في الروايتين والوجهين (٣/ ١٠٥).

(٢) في (أ): أكثر. وفي (ب): كثر.

(٣) هذه الرواية قريبة من رواية صالح المتقدم ذكرها قريبًا، وقد ذكرها القاضي في نفس المسألة في الروايتين والوجهين (٣/ ١٠٤).

(٤) في (أ) و(و): يبيَّن.

(٥) في (أ): في يد.

وفي الأخرى: بيِّنة الدَّاخل، إلَّا أن يكون التَّنازع في سبب اليد؛ بأن يدَّعي كلٌّ منهما أنَّه اشتراها من زيد أو اتَّهبها[١] منه، ويقيم بذلك بيِّنة؛ ففيه روايتان:

إحداهما[٢]: أنَّها كبيِّنة الدَّاخل والخارج على ما سبق، وهي المذهب عند القاضي.

والثَّانية: يتعارضان؛ لأنَّ سبب اليد هو نفس المتنازَع فيه؛ فلا تبقى مؤثِّرة؛ لأنَّهما اتَّفقا على أنَّ ملك هذه الدَّار لزيد، وعنه هو متلقًّى؛ فلذلك[٣] لم يبقَ لليد تأثير؛ لأنَّه قد علم مستندها، وهو الشِّراء الَّذي عورض بمثله، وهذه الرِّواية اختيار أبي بكر، وابن أبي موسى، وصاحب «المحرَّر».

واختار أبو بكر وابن أبي موسى ههنا: أنَّه يرجَّح بالقرعة، ونصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور؛ في رجل باع ثوبًا، فجاء رجل، فأقام البيِّنة أنَّه اشتراه بمائة، وأقام الآخر البيِّنة أنَّه اشتراه بمائتين، والبائع يقول: بعته بمائتين، والثَّوب في يد البائع بعد، قال: ليس قول البائع بشيء، يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة فهو له بالَّذي ادَّعى أنَّه اشتراه به، قلت: فإن كان الثَّوب في يد أحدهما، ولا يُدرى أيُّهما اشتراه أوَّل؟ قال: لا ينفعه ما في يديه، إذا كان مقِرًّا أنَّه اشتراه من فلان؛ فلا

(١) في (أ): اتَّهبا.
(٢) في (ب) و(هـ): أحدهما.
(٣) في (ب): فكذلك.

ينفعه ما في يديه[(١)].

والعجب أنَّ القاضي في «المجرَّد» حكى هذا النَّص عن أحمد، وذكر أنَّه أجاب بقسمة الثَّوب بينهما نصفين، ثمَّ تأوَّله على أنَّه كان في أيديهما.

وإنَّما أجاب أحمد فيه بالقرعة كما ذكرناه، وإنَّما المجيب بالقسمة سفيانُ الثَّوريُّ؛ فإنَّ إسحاق بن منصور يذكر لأحمد أوَّلًا المسألة وجواب سفيان فيها، فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالمخالفة؛ فربَّما يشتبه جواب أحمد بجواب سفيان، وقد وقع ذلك للقاضي كثيرًا؛ فليتنبه لذلك، وليراجع كلام أحمد من أصل مسائل ابن منصور.

ووقع في «الإرشاد» لابن أبي موسى في هذه المسألة كما وقع للقاضي؛ فإنَّه نقل عن أحمد: أنَّه[(٢)] إذا كان الثَّوب في يد البائع، فهو بينهما نصفين، وإن كان في يد أحدهما؛ أقرع بينهما. وهو وَهَمٌ أيضًا.

وذكر الشَّيخ تقيُّ الدِّين رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ مقتضى المذهب: أنَّه إذا شهدت البيِّنتان بالعقدين أو الإقرارين أو الحكمين؛ أنْ تُصدَّق البيِّنتان، ثمَّ إن عُلم السَّابق، وإلَّا كان بمنزلة أن تشهد بيِّنة واحدة بالعقدين ولا يعلم السَّابق منهما؛ فهنا إمَّا أن يقرع، وإما أن يبطل العقدان؛ فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به؛ فيقرُّ في يد ذي اليد، وتكون الدَّعوى حينئذ لمن

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٣٣).
(٢) قوله: (أنَّه) سقط من (أ).

انتقل عنه على صاحب اليد.

قال: وقياس المذهب فيما إذا اشتبه أسبق عقدي البيع: أن نفسخهما، إلَّا أن يتعذَّر موجَبُ الفسخ من ردِّ الثَّمن ونحوه؛ فإنَّا نقرع؛ لأنَّ مِن أصلنا: أنَّه إذا اشتبه المالك بغير المالك، أو الملك بغير الملك؛ فإنَّا نقرع، فإذا أمكن فسخ العقد وردُّ كلِّ ملك إلى صاحبه، فهو خير من خطر القرعة[١].

ومنها: الإقراع في العتق، وهو أشهر ما وردت فيه السُّنَّة بالإقراع فيه[٢]، ويندرج تحته صور كثيرة:

فمنها: إذا أعتق في مرضه عبيدَه، أو دبَّرهم، ولم يخرجوا من ثلثه؛ فإنَّه يقرع بينهم، فيَعتِقُ منهم بقدر الثُّلث، نصَّ عليه أحمد في رواية جماعة[٣].

قال القاضي: ويكون العتق مراعًى، فإن مات ولم تُجِز الورثة؛ تبيَّنا أنَّ الحرَّ منهم اثنان مثلًا، وأنَّ العتق كان واقعًا عليهما دون غيرهما، ولكنَّهما كانا غير معيَّنين، وإنَّما تميَّزا وتعيَّنا بالقرعة؛ كما تتميَّز[٤]

---

(١) من قوله: (وذكر الشَّيخ تقيُّ الدِّين ﷺ) إلى هنا سقط من (أ) و(و). وينظر معناه في الاختيارات (ص٥١٠).

(٢) يشير إلى ما أخرجه مسلم (١٦٦٨)، من حديث عمران بن حصين ﵁: «أن رجلًا أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثًا، ثم أقرع بينهم؛ فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولًا شديدًا».

(٣) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٤٢٨)، ومسائل ابن هانئ (٢/ ٦١).

(٤) في (أ) و(ج): يتميَّز.

وتتعيَّن الحقوق المشتركة في العقار وغيره بالإقراع في القسمة وغيرها.

ويستثنى من هذا صور لا إقراع فيها ذكرها الأصحاب:

أحدها: إذا كان عِتْق أحد العبدين مرتَّبًا على الآخر، بأن قال: إن أعتقتُ سالمًا؛ فغانم حرٌّ؛ فإنَّه يَعتِقُ سالم وحده إذا أعتقه، ولا يقرع؛ لأنَّ القرعة قد تفضي إلى عتق غانم وحده؛ فيلزم منه ثبوت المشروط بدون شرطه.

والثَّانية: إذا قال في مرضه: أعتقوا سالمًا إن خرج من الثُّلث، وإلَّا فأعتقوا منه ما عَتَق، وقال أيضًا: أعتقوا غانمًا إن خرج من الثُّلث، وإلَّا فأعتقوا منه ما عَتَق.

قال الأصحاب: يَعتِقُ من كلِّ واحد نصفُه[١] مع تساوي قيمتهما؛ لأنَّه لم يقصد بالوصيَّة تكميل الحريَّة في كلِّ واحد؛ فلم يقرع؛ كما لو قال: أعتقوا نصف سالم، وإلَّا فنصفَ غانم.

والثَّالثة: لو أعتق أَمَةً حاملًا في مرض موته، ولم يتَّسع الثُّلث لها ولحملها؛ قالوا: لا يجوز الإقراع؛ لأنَّ الحمل تبع لأمِّه وجزء منها؛ فلا يجوز إفراده بالعتق دونها، والقرعة قد تفضي إلى ذلك، ولا أن تَعتِقَ هي دون حملها إذا استوعبت قيمتها الثُّلث؛ لأنَّ الولد تبع لها، وعتقه ملازم لعتقها؛ فلا يمكن أن يَعتِقَ منها شيء ولا يَعتِقَ منه مثله؛ فيتعيَّن أن يَعتِقَ منها ومن حملها بالحصَّة.

وذهب أبو علي بن أبي موسى إلى أنَّ الإقراع إنَّما يدخل حيث كان

[١] كتب على هامش (ن): (أي: إذا لم يخرج من الثلث إلا أحدهما).

العتق لمبهم غير معيَّن، وتشاحَّ العبيد فيه، فأمَّا إن كان لمعيَّن؛ فلا إقراع، وكذا إن[١] لم يتشاحَّ فيه العبيد.

وحُكي عن أبي بكر في «خلافه» ما يوافق ذلك.

فعلى هذا: إذا أوصى[٢] بعتق عبيده ولم تُجِز الورثة؛ أَعتقوا منهم بمقدار الثُّلُث، فإن تشاحَّ العبيد في العتق؛ أُقرع بينهم؛ فعَتَق مَن وقع عليه سهم الحريَّة منهم، وكذلك لو دبَّرهم، ذكره ابن أبي موسى.

وذكر هو وأبو بكر فيما إذا شهدت بيِّنة على مريض أنَّه أعتق عبده هذا، وشهدت أخرى أنَّه أعتق عبده هذا: أنَّه يجب العتق لهما، ويتحاصَّ[٣] فيه العبدان.

قال أبو بكر: لأنَّ القرعة إنَّما تجب إذا كان أحدهما حرًّا والآخر عبدًا؛ يعني: إذا كان العتق لواحد لا للجميع.

وهذا مناقض لما ذكره ابن أبي موسى في تدبيرهم كلِّهم، إلَّا أن يقول: تدبيرهم يقع موقوفًا مراعًى؛ كعتقهم المنجز في مرضه، فيَعتِقُ منهم مع عدم الإجازة قدرُ الثُّلث، وهو مبهم؛ فيميَّز بالقرعة، بخلاف ما إذا أَعتق عبدين معيَّنين.

وهو ضعيف؛ فإنَّه لا فرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه مثلًا؛ إذ لا بدَّ من الرَّدِّ إلى الثُّلث.

---

(١) في (أ): إذا.
(٢) في (ب): وصّى.
(٣) في (ب): يتحاصَّان.

وقد نقل ابن منصور عن أحمد فيمن قال في وصيَّته: أعتقوا عنِّي أحد عبدَيَّ هذين: أنَّه يُعتَقُ أحدهما، فإن تشاحَّا في العتق؛ يقرع بينهما[١]. وإنَّما قال[٢]: (يعتق أحدهما) ابتداء؛ لأنَّها وصيَّة؛ فالواجب فيها ما يصدق عليه الاسم؛ كما لو وصَّى بأحدهما لزيد.

ومنها: لو أعتق أحد عبديه؛ فإنَّه يعيَّن بالقرعة.

ويتخرَّج[٣] وجه آخر: أنَّه يعيَّن[٤] بتعيينه من الرِّواية السَّابقة في الطَّلاق.

ولو أعتق عبدًا من عبيده ثمَّ أنسيه، أو جهله[٥] ابتداء؛ كمسألة الطَّائر المشهورة؛ فإنَّه يخرج بالقرعة أيضًا.

ويتخرَّج وجه آخر: أنَّه لا يُقرع ههنا من الطَّلاق، وأشار إليه بعض الأصحاب.

لكن قياس الرِّواية المذكورة في الطَّلاق: أنَّه يقرع، فمن خرجت له القرعة[٦]؛ عَتَق، ويستدام الملك في غيره، إلَّا أنَّه لا يستباح وطء شيء منهنَّ إذا كنَّ إماءً.

ولو قال رجل: إن كان هذا الطَّائر غرابًا فعبدي حرٌّ، وقال آخر: إن

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٣٣٢).
(٢) قوله: (قال) سقط من (أ).
(٣) في (أ): ويخرَّج.
(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): يعيِّنه. وفي (و) و(ن): يعتقه.
(٥) في (أ): وجهله.
(٦) في (أ): قرعته.

لم يكن غرابًا؛ فعبدي حرٌّ، فجهل أمره؛ فالمشهور: أنَّه لا يَعتِقُ واحد من العبدين، فإن اشترى أحد المالكين عبد الآخر؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يَعتِقُ ما اشتراه؛ لأنَّ استدامته لاسترقاق عبده إقرارٌ منه بأنَّ عبد صاحبه هو الَّذي عَتَق، فإذا اشتراه؛ نفذ[١] إقراره على نفسه، فعَتَق عليه.

والثَّاني: أنَّه يَعتِقُ أحدهما غير معيَّن، ثمَّ يميَّز بالقرعة، وهو أصحُّ؛ لأنَّ تمسُّكه بعبده إنَّما كان استصحابًا للأصل لا غير.

وأمَّا الولاء؛ فعلى الوجه الأوَّل: هو[٢] موقوف حتَّى يتصادقا على أمر يتَّفقان عليه.

وعلى الثَّاني: إن وقعت الحريَّة على المشتري؛ فكذلك، وإن وقعت على عبده؛ فولاؤه له.

ويتوجَّه أن يقال: يقرع بينهما، فمن قَرَع؛ فالولاء له؛ كما تقدَّم مثل ذلك في الولد الَّذي يدَّعيه أبوان، وأولى؛ لأنَّه ههنا إنَّما عَتَق على واحد غير معيَّن، وهناك يمكن أن يكون الولد لهما.

وكذلك يقال: لو كان عبد بين شريكين موسرين، فقال أحدهما: إن كان الطَّائر غرابًا؛ فنصيبي حرٌّ، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا؛ فنصيبي حرٌّ؛ فإنَّ العبد عَتَق على أحدهما، وهو غير معلوم؛ فيميَّز بالقرعة، ويكون له الولاء.

---

(١) في (ب): بعد.

(٢) في (أ): وهو.

ومنها: لو قال لأمته: أوَّل من[١] تلدينه حرٌّ، فولدت ولدين، واشتبه أوَّلهما خروجًا؛ فإنَّه يميَّز بالقرعة، نصَّ عليه؛ لأنَّ العتق وقع على معيَّن وجهل ابتداء.

ولو قال: أوَّل غلام لي يطلع؛ فهو حرٌّ، فطلع عبيده كلُّهم، أو قال لزوجاته: أيَّتكنَّ طلع أوَّلًا؛ فهي طالق، فطلعن كلُّهنَّ؛ فنصَّ أحمد على أنَّه يميَّز[٢] واحد من العبيد وامرأة من الزَّوجات بالقرعة في رواية مهنَّى[٣].

واختلف الأصحاب في هذا النَّصِّ؛ فمنهم من حمله على أنَّ اطِّلاعهم كان مرتَّبًا وأشكل السَّابق منهم؛ فيميَّز بالقرعة؛ كمسألة الولادة.

ومنهم من أقرَّ النَّصَّ على ظاهره، وأنَّهم طلعوا دفعة واحدة، وقال: صفة الأوَّلِيَّة شاملة لكلِّ واحد منهم بانفراده، والمعتِق إنَّما أراد عتق واحد منهم؛ فيميَّز بالقرعة، وهي طريقة القاضي في «خلافه».

ومن الأصحاب من قال: يَعتِقُ ويطلُقُ الجميع؛ لأنَّ الأوَّلِيَّة صفة لكلِّ واحد منهم، ولفظه صالح للعموم؛ لأنَّه مفرد مضاف.

أو يقال: الأوَّلِيَّة صفة للمجموع لا للأفراد، وهو الَّذي ذكره صاحب «المغني» في الطَّلاق.

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و) و(ن): ما.
(٢) قوله: (يميز) سقطت من (ب).
(٣) ينظر: المغني (١٠/ ٣٣٩).

ومنهم من قال: لا يَطْلُقُ، ولا يَعتِقُ شيء منهم؛ لأنَّ الأوَّل لا يكون إلَّا فردًا لا تعدد فيه، والفرديَّة منتفية هنا، وهو الَّذي ذكره القاضي، وابن عقيل في الطَّلاق، والسَّامريُّ، وصاحب «الكافي».

ويتخرَّج وجه آخر: وهو أنَّه إن طَلَع بعدَهم غيرُهم من عبيده وزوجاته؛ طَلَقْنَ وعَتَقْنَ، وإلَّا فلا؛ بناء على أنَّ الأوَّل هو السَّابق لغيره؛ فلا يكون أوَّلًا حتَّى يأتي بعده غيره؛ فيتحقَّق بذلك له صفة الأوَّلِيَّة، وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره.

وقريب من هذه المسألة: ما ذكره ابن أبي موسى في كتاب العتق؛ فقال: (واختلف قوله في الرَّجل يقول لعبيده: أيُّكم جاءني بخبر كذا فهو حرٌّ، فأتى بذلك الخبر اثنان معًا أو أكثر؛ على روايتين:

قال في إحداهما: قد عَتَق واحد منهم؛ فيقرع بينهم، فمن قَرَع صاحبَه؛ فقد عَق.

وقال في الأخرى: قد عَتَقا جميعًا) انتهى.

فأمَّا وجه عتقهما جميعًا؛ فظاهرٌ؛ لأنَّ «أيًّا» من صيغ العموم.

وأمَّا وجه عتق أحدهما بالقرعة؛ فهو أنَّ المتبادر إلى الأفهام من هذا التَّعليق الخصوصُ، وأنَّه إنَّما أريد به عتق واحد يجيء بالخبر؛ فيصير عموم هذا اللَّفظ عموم بَدلِيَّة لا عموم شمول؛ فلا يَعتِقُ به أكثر من واحد، فإذا اجتمع اثنان على الإتيان بالخبر؛ أُعتِقَ أحدُهما بالقرعة.

وليس هذا كما لو قال لزوجاته: أيَّتكنَّ خرجت فهي طالق، فإذا خرجن جميعًا؛ طَلَقْنَ؛ لأنَّ الخروج بالنِّسبة إلى الجميع سواء.

وأمَّا الإخبار؛ فالمقصود منه يحصل من أحد الـمُخبِرَيْنِ؛ فلا حاجة إلى الآخر، ولهذا قلنا على أحد الوجوه - وهو قول القاضي -: إنَّه لو قال لزوجاته: من أخبرني منكنَّ بكذا؛ فهي طالق، فأخبرنه متفرِّقات: أنَّه لَا يطلُق منهنَّ إلَّا الأولى؛ لأنَّ مقصوده من الإخبار - وهو الإعلام - حاصل بها، ولهذا لو قال: من دخل داري فله درهم، فدخل جماعة؛ فلكلٍّ واحد منهم(١) درهم، ولو قال: من جاءني فله درهم، فجاءه جماعة؛ فلهم درهم واحد بينهم، ذكره القاضي في كتاب «أحكام القرآن»، قال: لأنَّ الشَّرط وجد من الجماعة وجودًا واحدًا، بخلاف دخول الدَّار؛ فإنَّ كلَّ واحد منهم وجد منه دخول كامل.

ولو قال رجل: من سبق فله كذا، فسبق اثنان معًا؛ ففيه وجهان:

أحدهما: السَّبَق المذكور بينهما؛ كما لو قال: من ردَّ ضالَّتي فله كذا، فردَّها جماعة.

والثَّاني: لكلٍّ منهم سَبَقٌ كامل؛ لأنَّه سابق بانفراده.

وحاصل الأمر في هذا الباب: أنَّ المعلَّق عليه تارة يكون شيئًا واحدًا لا تعدُّد فيه؛ كردِّ الآبق ونحوه؛ فلا يتعدَّد المشروط بتعدُّد المحصِّلين له؛ لأنَّهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد، فاشتركوا في استحقاق المرتَّب عليه.

وتارة يكون قابلًا للتَّعدُّد، وهو نوعان:

أحدهما: ما يكون التَّعدُّد فيه مقصودًا؛ كدخول الدَّار ونحوه؛

---

(١) قوله: (منهم) سقط من (أ).

فيتعدَّد الاستحقاق على الصَّحيح؛ كما إذا قال: من دخل داري؛ فهو حرٌّ، أو فله درهم، أو فهي طالق.

وكذلك يجيء على هذا إذا قال: من جاءني؛ فله درهم؛ لأنَّ تعدُّد الآتين مطلوب، بخلاف ما ذكره القاضي.

ومسألة السَّبْق قد يقال: هي من هذا النَّوع.

وقد يقال: السَّبْق إنَّما حصل من المجموع لا من كلِّ فرد منهم؛ إذ كلُّ فرد منهم ليس بسابق للباقين، بل هو سابق لمن تأخَّر عنه ومساوق[1] لمن جاء معه؛ فالمتَّصف بالسَّبْق هو المجموع، لا كلُّ فرد منهم؛ فلذلك استحقُّوا جُعْلًا واحدًا، وهذا أظهر.

والنَّوع الثَّاني: ما لا يكون التَّعدد فيه مقصودًا؛ كالإتيان بالخبر؛ فهل يشترك الآتون به في الاستحقاق، أم يختصُّ به واحد منهم ويميَّز بالقرعة؟

فيه الخلاف الَّذي ذكره ابن أبي موسى، والَّذي نقله صالح عن أحمد: أنَّه يَعتِق الجميع[2].

ونقل حنبل: أنَّه يَعتِقُ واحد منهم بالقرعة[3].

وحمل أبو بكر رواية صالح: على أنَّه أراد العموم، ورواية حنبل: على أنَّه أراد واحدًا غير معيَّن، وما ذكرناه أشبه.

---

(١) في المصباح المنير (١/ ٢٩٦): (تساوقت الإبل تتابعت، قاله الأزهري وجماعة، والفقهاء يقولون: تساوقت الخطبتان، ويريدون المقارنة والمعية، وهو ما إذا وقعتا معًا ولم تسبق إحداهما الأخرى، ولم أجده في كتب اللغة بهذا المعنى).

(٢) ينظر: الفروع (٩/ ١٠٥).

(٣) ينظر: الفروع (٩/ ١٠٥).

وعلى هذا تتخرَّج مسألة: (أَوّلُكُنَّ يطلع عليَّ)؛ إذا قيل: إنَّ الأوَّلِيَّة صفة لكلِّ واحد من المجتمعين؛ لأنَّ هذا التَّعليق لم يقصد به إلَّا واحدًا غير معيَّن، لم يرد به الجميع، وأمَّا إن قيل: الأوَّلِيَّة صفة للمجموع؛ توجَّه وقوع العتق والطَّلاق على الكلِّ.

ومنها: لو اشتبه عبده بعبيد غيره؛ قال القاضي: قياس المذهب: أنَّه يَعتِقُ عبده الَّذي يملكه عن واجب وغيره[١]، ثمَّ يُقرع بينهم، فيخرج عبده بالقرعة.

ولو اشتبهت زوجته بأجانب، فطلَّقها؛ فله إخراجها بالقرعة ونكاح البواقي، على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع، فطلَّق الجميع ثلاثًا: أنَّه يُخرج أربعًا بالقرعة، ثمَّ يَنكِح البواقيَ.

ولو اشتبهت أخته بأجنبيَّات؛ فقال القاضي في «خلافه»: لا يمتنع التمييز بالقرعة؛ كما لو زوَّج إحدى بناته برجل واشتبهت فيهنَّ؛ فإنَّها تُميَّز بالقرعة على المنصوص.

وفي «عمد الأدلَّة» لابن عقيل: لو اختلط عبده بأحرار؛ لم يقرع، ولو اختلط من أعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه إلَّا بإجازة؛ جاز أن يقرع بينهما؛ لأنَّ القرعة لا تعمل في آكد التَّحريمين، وتعمل في أيسرهما، والله أعلم.

كَمَلَتِ القواعد[٢]

---

(١) قوله: (عن واجب وغيره) سقط من (أ) و(و).

(٢) من قوله: (وفي «عمد الأدلَّة» لابن عقيل)، إلى هنا سقط من (أ).

فصل

وهذه فوائد تلتحق بالقواعد، وهي فوائد مسائل مشتهِرة، فيها خلاف(١) في المذهب، ينبني على الاختلاف فيها فوائد متعدِّدة:

فمن ذلك:

[١] ما يدركه المسبوق في الصَّلاة؛ هل هو آخر صلاته أو أوَّلها؟

وفي هذه المسألة روايتان عن الإمام أحمد:

إحداهما: أنَّ ما يدركه آخر صلاته، وما يقضيه أوَّلها، وهي ظاهر المذهب.

والثَّانية: عكسها.

ولهذا الاختلاف فوائد:

أحدها: محلُّ الاستفتاح؛ فعلى الأولى: يستفتح في أوَّل ركعة يقضيها(٢)؛ إذ هي أوَّل صلاته، نقلها حرب.

وفي «شرح المذهب» للقاضي: لا يشرع الاستفتاح فيها؛ لفوات محلِّه.

---

(١) في (ب): اختلاف.

(٢) في (ب): نقضيها.

وعلى الثَّانية: يستفتح في أوَّل ركعة أدركها؛ لأنَّها أوَّلَتُه، نقلها ابن أصرم(١).

الفائدة الثَّانية: التَّعوُّذ؛ فعلى الأولى: يتعوَّذ إذا قام للقضاء خاصَّة.

وعلى الثَّانية: يتعوَّذ في أوَّل ركعة يدركها.

وهذا بناء على قولنا: إنَّ التَّعوُّذ يختصُّ بأوَّل ركعة، فأمَّا على قولنا: هو مشروع في كلِّ ركعة؛ فتلغو هذه الفائدة.

الفائدة الثَّالثة: هيئة القراءة في الجهر والإخفات؛ فإذا فاته الرَّكعتان الأُولَيان من المغرب أو العشاء؛ جهر في قضائهما من غير كراهة، نصَّ عليه في رواية الأثرم(٢).

وإن أمَّ فيهما - وقلنا بجوازه -؛ سنَّ له الجهر، وهذا على الرِّواية الأولى.

وعلى الثَّانية: لا جهر ههنا.

الفائدة الرَّابعة: مقدار القراءة؛ وللأصحاب في ذلك طريقان:

أحدهما(٣): أنَّه إذا أدرك ركعتين من الرُّباعيَّة؛ فإنَّه يقرأ في المقضيتين بالحمد وسورة معها على كِلا الرِّوايتين، قال ابن أبي موسى: (لا يختلف قوله في ذلك)، وذكر الخلَّال أنَّ قوله استقرَّ على

(١) هو أحمد بن أصرم بن خزيمة بن عباد بن عبد الله بن حسان بن عبد الله بن مغفَّل المزني، سمع عبد الأعلى بن حماد والصلت الجحدري والإمام أحمد وغيرهم، وكتب عن الإمام أحمد، وتوفي سنة (٢٨٥هـ). ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٢٢.

(٢) ينظر: المغني (١/ ٤٠٨).

(٣) في (ب) و(ج): إحداهما.

ذلك، وفي «المغني»: (هو قول الأئمَّة الأربعة، لا نعلم عنهم فيه خلافًا).

والطَّريق الثَّاني: بناؤه على الرِّوايتين، فإن قلنا: ما يقضيه[(١)] أوَّل صلاته[(٢)]؛ فكذلك، وإلَّا اقتصر فيه على الفاتحة، وهي طريقة القاضي ومن بعده، وذكره ابن أبي موسى تخريجًا، وقد نصَّ عليه أحمد في رواية الأثرم، وأومأ إليه في رواية حرب وغيره.

وأنكر صاحب «المحرَّر» الطَّريقة الأولى، وقال: لا يتوجَّه إلَّا على رأي من يرى قراءة السُّورة في كلِّ ركعة، أو على رأي من يرى قراءة السُّورة في الأُخريين إذا نسيهما في الأُولَيَيْنِ.

قلت: وقد أشار أحمد إلى مأخذٍ ثالثٍ، وهو الاحتياط؛ للتردُّد فيهما، وقراءة السُّورة سنَّة مؤكَّدة؛ فيحتاط لها أكثر من[(٣)] الاستفتاح والتَّعوُّذ[(٤)].

ولو أدرك من الرُّباعيَّة ركعة واحدة، فإن قلنا: ما يقضيه أوَّل صلاته؛ قرأ في الأُولَيين من الثَّلاثة بالحمد وسورة، وفي الثَّالثة بالحمد وحدها.

ونقل عنه الميمونيُّ: يحتاط، ويقرأ في الثَّلاث بالحمد وسورة. قال

---

(١) في (أ): يقتضيه.

(٢) في (ب): صلاة.

(٣) قوله: (من) سقط من (ب).

(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): والاستعاذة.

الخلَّال: (رجع عنها أحمد).

الفائدة الخامسة: قنوت الوتر إذا أدركه المسبوق مع من يصلِّي الوتر بسلام واحد؛ فإنَّه يقع في محلِّه ولا يعيده إن قلنا: ما يدركه آخر صلاته.

وإن قلنا أوَّلها: أعاده في آخر ركعة يقضيها.

الفائدة السَّادسة: تكبيرات العيد الزَّوائد، إذا أدرك المسبوق الرَّكعة الثَّانية من العيد، فإن قلنا: هي أوَّل صلاته؛ كبَّر خمسًا في المقضيَّة، وإلَّا كبَّر سبعًا.

الفائدة السَّابعة: إذا سُبق ببعض تكبيرات صلاة الجنازة، فإن قلنا: ما يدركه آخر صلاته؛ يتابع الإمام في الذِّكر الَّذي هو فيه، ثمَّ قرأ في أوَّل[(١)] تكبيرة يقضيها.

وإن قلنا: ما يدركه أوَّل صلاته؛ قرأ فيه بالفاتحة.

الفائدة الثَّامنة: محلُّ التَّشهُّد الأوَّل في حقِّ من أدرك من المغرب أو الرُّباعيَّة ركعة، وفي المسألة روايتان:

إحداهما: يتشهَّد عقيب قضاء ركعة.

والثَّانية: عقيب ركعتين، نقلها حرب[(٢)].

والأُولى اختيار أبي بكر والقاضي، وذكر الخلَّال: أنَّ الرِّوايات استقرَّت عليها.

(١) في (أ): أول كلِّ.

(٢) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ١٢٩).

واختلف في بناء الرِّوايتين:

فقيل: هو[١] على الرِّوايتين في أصل المسألة؛ إن قلنا: ما يقضيه أوَّل صلاته؛ لم يجلس إلَّا عقيب ركعتين، وإن قلنا: هو آخرها؛ تشهَّد عقيب ركعة؛ لأنَّها ثانيته، وهذه طريقة ابن عقيل في موضع من «فصوله»، وأومأ إليها أحمد في رواية حرب.

وقيل: بل الرِّوايتان على قولنا: ما يدركه آخر صلاته، وهي طريقة صاحب «المحرَّر» وغيره، ونصَّ أحمد على ذلك صريحًا في رواية عبد الله[٢] والبراثيِّ[٣]، مفرِّقًا بين القراءة والتَّشهُّد.

(١) قوله: (هو) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن).

(٢) جاء في مسائل عبد الله (ص ١٠٧): سألت أبي عن رجل أدرك مع الإمام آخر ركعة من الظهر، فقام يقضي، قلت: أيش يقرأ؟ قال: (في الركعتين الأوليين ما يقضي: الحمدَ وسورةً، ويجعل ما أدرك مع الإمام أول صلاته، فيقعد في الركعة التي يقضي من أولها، ثم يقوم ويقعد في آخر صلاته ويقرأ في آخر ركعة بفاتحة الكتاب وحدها، وإن أدرك ركعتين من الظهر فقام فقرأ فيما يقضي: الحمدُ لله وسورةً)، قال أبي: (يروى عن ابن عمر وابن مسعود قالا: يقرأ فيما يقضي. ويروى عن علي: ما أدرك مع الإمام فهو أول صلاته. وقال ابن مسعود: ما أدرك مع الإمام فهو آخر صلاته). وقال (ص ١٠٧): سألت أبي عن رجل أدرك ركعة من صلاة الظهر، قال: (إذا قام يقضي قرأ في ركعةٍ فاتحةَ الكتاب وسورة وركع، ثم جلس فتشهد، فقام فقرأ بفاتحة الكتاب وسورة ثم ركع، فإذا قضى الركعة الثالثة من صلاته قرأ بفاتحة الكتاب وحدها)، قال: (يذهب فيه إلى أن يحتاط في الوجهين جميعًا، فيقرأ فيما يقضي، ويكون جلوسه على ما اختار ابن مسعود يقعد في الثالثة).

(٣) هو أحمد بن محمد بن خالد بن يزيد بن غزوان، أبو العباس البراثي، سمع علي بن الجعد، وعبد الله بن عون الخراز، والإمام أحمد وغيرهم، وروى عنه: إسماعيل =

وعلَّل في رواية عبد الله: بأنَّه احتياط بالجمع بين[(١)] مذهب ابن مسعود في الجلوس عقيب ركعة[(٢)]، ومذهب ابن عمر في القراءة في الرَّكعتين[(٣)].

وقد صحَّ عن ابن مسعود: أنَّه يجلس عقيب ركعة، مع قوله: «إنَّ ما أدركه مع الإمام آخر صلاته»، نقله عنه أحمد[(٤)].

وزعم صاحب «المغني» أنَّ الكلَّ جائز.

ويردُّه ما نقله مهنَّى عن أحمد: أنَّه إذا جلس عقيب ركعتين؛ يسجد للسَّهو؛ فجعله كتارك التَّشهُّد الأوَّل.

= الخطبي وحبيب القزاز وغيرهما، توفي سنة ٣٠٠هـ أو ٣٠٢هـ. ينظر: طبقات الحنابلة ١/ ٦٤.

وذكر في الطبقات هذه الرواية، ونصها: (سألت أبا عبد الله أحمد بن حنبل، فقلت له: إذا فاتني أول صلاة الإمام فأدركت معه من آخر صلاته، فما أعتد أنه أول صلاتي؟ فقال لي: تقرأ فيما يُقضى - يعني بالحمد وسورة -، وفي القعود تقعد على ابتداء صلاتك).

(١) في (ب): من.

(٢) أخرجه عبد الله بن أحمد في مسائله (ص ١٠٨)، عن النخعي: أن مسروقًا وجُندُبًا أدركا مع الإمام ركعةً من المغرب، فلمَّا قاما يقضيان؛ قعد مسروقٌ في كِلْتَا الركعتين، وقعد جُندُبٌ في آخر صلاته، فذُكِر ذلك لابن مسعود، فقال: «أصاب مسروق، ولم يَأْلُ جندب».

(٣) أخرجه عبد الله بن أحمد في مسائله (ص ١٠٨)، عن نافع: «أن ابن عمر كان إذا سُبِق بالأولين؛ قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب وسورة ثم يجلس».

(٤) ينظر: مسائل عبد الله (ص ١٠٨)، وأخرجه ابن أبي شيبة (٧١٢٠)، من طريق إبراهيم، عن عبد الله، قال: «ما أدركت مع الإمام فهو آخر صلاتك».

وممَّا يحسن تخريجه على هذا الخلاف ولم نجده منقولًا: تطويل الرَّكعة الأولى على الثَّانية، وترتيب السُّورتين في الرَّكعتين.

فأمَّا رفع اليدين إذا قام من التَّشهُّد الأوَّل - إذا قلنا باستحبابه -؛ فيحتمل أن يرفع إذا قام إلى الرَّكعة المحكوم بأنَّها ثالثة، سواء قام عن تشهُّد أو غيره.

ويحتمل أن يرفع إذا قام من تشهُّده الأوَّل المعتدِّ به، سواء كان عقيب الثَّانية أو لم يكن؛ لأنَّ محلَّ هذا الرَّفع هو القيام من هذا التَّشهُّد؛ فيتبعه حيث كان، وهذا أظهر والله أعلم.

[٢] الزَّكاة، هل تجب في عين النَّصاب أو ذمَّة مالكه؟

اختلف الأصحاب في ذلك على طرق:

إحداها: أنَّ الزَّكاة تجب في العين رواية واحدة، وهي طريقة ابن أبي موسى، والقاضي في «المجرَّد».

والثَّانية: أنَّ الزَّكاة تجب في الذِّمَّة رواية واحدة، وهي طريقة أبي الخطَّاب في «الانتصار»، وصاحب «التَّلخيص»؛ متابعة للخرقيِّ.

والثَّالثة: أنَّها تجب في الذِّمَّة، وتتعلَّق بالنِّصاب، وقع ذلك في كلام القاضي وأبي الخطَّاب وغيرهما، وهي طريقة الشَّيخ تقيِّ الدِّين.

والرَّابعة: أنَّ في المسألة روايتين:

إحداهما: تجب في العين.

والثَّانية: في الذِّمَّة، وهي طريقة كثير من الأصحاب المتأخِّرين.

وفي كلام أبي بكر في «الشَّافي» ما يدلُّ على هذه الطَّريقة، ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين[١]، وهما: يسار المالك وإعساره، فإن كان موسرًا؛ وجبت الزَّكاة في ذمَّته، وإن كان معسرًا[٢]؛ وجبت في عين ماله، وهو غريب.

(١) في (ب): حالتين.

(٢) في (ب): مشعرًا.

وللاختلاف في محلِّ التَّعلُّق - هل هو العين أو الذِّمة - فوائد كثيرة:

الأولى: إذا ملك نصابًا واحدًا ولم يؤدِّ زكاته أحوالًا، فإن قلنا: الزَّكاة في العين؛ وجبت زكاة الحول الأوَّل دون ما بعده، ونصَّ عليه أحمد(١)، واختاره أكثر الأصحاب؛ لأنَّ قدر الزَّكاة زال الملك فيه على قول، وعلى آخر: ضَعُف الملك فيه؛ لاستحقاق تملُّكه، والمستحَقُّ في حكم المؤدَّى؛ فصار كالمنذور سواء، فإنَّ المنذور يجوز عندنا إبداله بمثله، وهذا كذلك.

وإن قلنا: الزَّكاة في الذِّمَّة؛ وجبت لكلِّ حول، إلَّا إذا قلنا: إنَّ دين الله ﷻ يمنع الزَّكاة.

وقال السَّامريُّ: (تتكرَّر زكاته لكلِّ حول على القولين)، وتأوَّل كلام أحمد بتأويل فاسد.

وهذا فيما كانت زكاته من جنسه.

فأمَّا إن كانت من غير جنسه؛ كالإبل المزكَّاة بالغنم؛ تكرَّرت زكاته

(١) قال في المغني (٢/ ٥٠٧): (وهذا هو المنصوص عن أحمد في رواية جماعة، وقال في رواية محمد بن الحكم: إذا كانت الغنم أربعين، فلم يأته المصدق عامين، فإذا أخذ المصدق شاة، فليس عليه شيء في الباقي، وفيه خلاف.
وقال في رواية صالح: إذا كان عند الرجل مائتا درهم، فلم يزكها حتى حال عليها حول آخر؛ يزكيها للعام الأول؛ لأن هذه تصير مائتين غير خمسة دراهم.
وقال في رجل له ألف درهم، فلم يزكها سنين: يزكي في أول سنة خمسة وعشرين، ثم في كل سنة بحساب ما بقي).

لكلِّ حول على كِلا القولين، نصَّ عليه؛ معلِّلًا بأنَّه لم يستحقَّ إخراج جزء منه؛ فبقي[(١)] الملك فيه تامًّا[(٢)].

وهكذا ذكر الخلَّال، وابن أبي موسى، والقاضي، والأكثرون.

وذكر الشِّيرازيُّ في «المبهج»: أنَّه كالأوَّل؛ لا يجب فيه سوى زكاة واحدة.

ومتى استأصلت الزَّكاةُ المالَ؛ سقطت بعد ذلك، صرَّح به في «التَّلخيص».

ونصَّ أحمد في رواية مهنَّى: على وجوبها في الدَّين بعد استغراقه بالزَّكاة.

فإمَّا أن يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذِّمَّة.

وإما أن يفرَّق بين الدَّين والعين: بأنَّ الدَّين وصف حكميٌّ لا وجود له في الخارج؛ فتتعلَّق زكاته بالذِّمَّة رواية واحدة.

ولكن نصَّ أحمد في رواية غير واحد: على التَّسوية بين الدَّين والعين في امتناع الزَّكاة فيما بعد الحول الأوَّل، وصرَّح بذلك أبو بكر وغيره.

---

(١) في (ب): فيبقى.

(٢) قال في المغني (٢/٥٠٧): (نص عليه في رواية الأثرم، قال في رواية الأثرم: المال غير الإبل إذا أدى عن الإبل؛ لم ينقص، والخمس بحالها، وكذلك ما دون خمس وعشرين من الإبل لا تنقص زكاتها فيما بعد الحول الأول؛ لأن الفرض يجب من غيرها، فلا يمكن تعلقه بالعين).

تنبيه:

تعلُّق الزَّكاة بالعين مانع من وجوب الزَّكاة في الحول الثَّاني وما بعده، وهل هو مانع من انعقاد الحول الثَّاني ابتداء؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنَّه مانع منه؛ لقصور الملك؛ فهو كدين الآدميِّ وأولى؛ لتعلُّقه بالعين، وهو قول القاضي في «شرح المذهب»، وصاحب «المغني».

والثَّاني: أنَّه غير مانع من الانعقاد، وهو قول القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل، ونقل صاحب «المحرَّر» الاتِّفاق عليه، وهو ظاهر ما ذكره الخلَّال في «الجامع»، وأورد عن أحمد من رواية حنبل ما يشهد له.

فلو أخرج الزَّكاة الأولى من غير النِّصاب في أثناء الحول الثَّاني؛ بنى الحول الثَّاني على الأوَّل من غير فصل بينهما على هذا.

وعلى الأوَّل: يستأنفه من حين الإخراج.

وينبني على هذين الوجهين مسألة معروفة في باب الخلطة، والله أعلم.

الفائدة الثَّانية: إذا تلف النِّصاب أو بعضه قبل التَّمكُّن من أداء الزَّكاة وبعد تمام الحول؛ فالمذهب المشهور: أنَّ الزَّكاة لا تسقط بذلك، إلَّا زكاة الزُّروع والثِّمار إذا تلفت بجائحة قبل القطع؛ فتسقط زكاتها اتِّفاقًا؛ لانتفاء التَّمكُّن من الانتفاع بها.

وخرَّج ابن عقيل وجهًا: بوجوب زكاتها أيضًا. وهو ضعيف مخالف للإجماع[(١)].

---

(١) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٤٦)، والمغني (٣/ ١٢). =

وعن أحمد رواية ثانية: بالسُّقوط.

فمنهم من قال: هي عامَّة في جميع الأموال.

ومنهم من خصَّها بالمال الباطن دون الظَّاهر.

ومنهم من عكس ذلك.

ومنهم من خصَّها بالمواشي.

واختلفوا في مأخذ الخلاف على طريقين:

أحدهما: أنَّه البناء على الخلاف في محلِّ الزَّكاة؛ فإن قيل: هو الذِّمَّة؛ لم تسقط، وإلَّا سقطت، وهو طريق الحلوانيِّ في «التَّبصرة» والسَّامريِّ، وقيل: إنَّه ظاهر كلام الخرقيِّ، وفي كلام أحمد إيماء إليه أيضًا.

والطَّريق الثَّاني: عدم البناء على ذلك، وهو طريق القاضي والأكثرين.

فوجه استقرار الوجوب مطلقًا: أنَّا إن قلنا: التَّعلُّق بالذِّمَّة؛ فظاهر، وإن قلنا: بالعين؛ فلأنَّ وجوبها كان شكرًا لنعمة تمَّ سببها - وهو النِّصاب(١) النَّامي -، وشرطها - وهو الحول -؛ فاستقرَّ وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولًا؛ كالأجرة المعيَّنة المستقِرَّة بانقضاء مدَّة الإجارة.

= قال في الإنصاف (٦/ ٣٧٩): (قد قاله غير ابن عقيل، وذكره ابن عقيل في «عمد الأدلة» رواية، ذكره ابن تميم، قال في «الفروع»: وأظن في «المغني» أنه قال: قياس من جعل وقت الوجوب بدو الصلاح، واشتداد الحب؛ أنه كنقص نصاب بعد الوجوب قبل التمكن).

(١) في (ب): ملك النصاب.

وأيضًا؛ فمنهم من قال: تعلُّقها[١] بالعين لا ينفي تعليقها بالذِّمَّة؛ فهي[٢] كدين الرَّهن.

ووجه السُّقوط مطلقًا: أنَّا إن قلنا: تعلقها بالعين؛ فواضح؛ كالأمانات والعبد الجاني، وإن قلنا: بالذِّمَّة؛ فالوجوب إنَّما يستقِرُّ فيها[٣] بالتَّمكُّن من الفعل؛ كالصَّلاة على رواية.

يوضحه: أنَّ الزَّكاة وجبت مواساة للفقراء من المال؛ فتسقط بتلفه وفقر صاحبه.

واختار السُّقوط مطلقًا صاحب «المغني».

الفائدة الثَّالثة: إذا مات من عليه زكاة ودين، وضاقت التركة عنهما؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّهما يتحاصَّان[٤]، نقله عنه أحمد بن القاسم، وحرب، ويعقوب بن بختان.

واختلف الأصحاب في ذلك:

فمنهم من أقرَّ النَّصَّ على ظاهره، وأجرى المحاصَّة على كِلَا القولين في محلِّ الزَّكاة؛ لأنَّا إن قلنا: هو الذِّمَّة؛ فقد تساويا في محلِّ التَّعلُّق، وفي أنَّ في كلٍّ منهما حقًّا لآدميٍّ، وتمتاز الزَّكاة بما فيها من حقِّ الله ﷻ، وإن قلنا: العين؛ فدين الآدميِّ يتعلَّق بعد موته بالتَّركة

---

(١) في (ب): تعليقها.

(٢) قوله: (بالذمة فهي) سقطت من (أ).

(٣) قوله: (فيها) سقط من (ج)، وفي (ب): بها.

(٤) ينظر: المغني (٣/ ١٠٠).

أيضًا؛ فيتساويان، وهذه طريقة أبي الخطَّاب وصاحب «المحرَّر».

ومنهم من حمل النَّصَّ بالمحاصَّة على القول بتعلُّق الزَّكاة بالذِّمَّة؛ لاستوائهما في محلِّ التَّعلُّق، فأمَّا على القول بتعلُّقها بالنِّصاب؛ فتُقَدَّم الزَّكاة لتعلُّقها بالعين؛ كدين الرَّهن، وهذه طريقة القاضي في «المجرَّد» والسَّامريِّ، وفي كلام أحمد إيماء إليها.

ومن الأصحاب من وافق على هذا البناء، لكن بشرط: أن يكون النِّصاب موجودًا؛ إذ لا يعلَّق بالعين إلَّا مع وجوده، فأمَّا[1] مع تلفه؛ فالزَّكاة في الذِّمَّة؛ فتساوي دين الآدميِّ، وهذا تخريج في «المحرَّر»، مع أنَّ صاحبه ذكر في شرح «الهداية»: أنَّ النِّصاب متى كان موجودًا؛ قُدِّمت الزَّكاة، سواء قلنا: يتعلَّق بالعين أو بالذِّمَّة؛ لأنَّه تعلُّقٌ بسبب المال، يزداد بزيادته، وينقص بنقصه، ويختلف باختلاف صفاته، والزَّكاة من قبيل مؤن المال وحقوقه ونوائبه؛ فيُقَدَّم لذلك على سائر الدُّيون، وحُمِل نصُّ أحمد بالمحاصَّة: على حالة عدم النِّصاب.

فأمَّا إن كان المالك حيًّا وأفلس؛ فظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم: أنَّه يُقدِّم الدَّين على الزَّكاة؛ لأنَّ تأخير إخراج الزَّكاة سائغ للعذر، وهو محتاج ههنا إلى إسقاط مطالبة الآدميِّ له، وملازمته وحبسه؛ فيكون عذرًا له في التَّأخير، بخلاف ما بعد الموت؛ فإنَّه لو قُدِّم دين الآدميِّ؛ لفاتت الزَّكاة بالكليَّة.

وظاهر كلام القاضي والأكثرين: أنَّه يُقَدِّم الزَّكاة حتَّى في حالة الحجر.

---

(١) في (أ): وأمَّا.

وهذا قد يتنزَّل على القول بالوجوب في العين، إلَّا أنَّ صاحب «شرح الهداية» صرَّح بتقديمها على كلا القولين، مع بقاء النِّصاب؛ كقوله فيما بعد الموت على ما سبق(١).

الفائدة الرَّابعة: إذا كان النِّصاب مرهونًا ووجبت فيه الزَّكاة؛ فهل يؤدِّي زكاته منه؟

ههنا حالتان:

إحداهما: ألَّا يكون له مال غيره يؤدِّي منه الزَّكاة؛ فيؤدِّي الزَّكاة من عينه، صرَّح به الخرقيُّ والأصحاب، وله مأخذان:

أحدهما: أنَّ الزَّكاة ينحصر تعلُّقها بالعين، ودين الرَّهن يتعلَّق بالذِّمَّة والعين؛ فيُقَدَّم عند التزاحم ما اختصَّ تعلُّقه بالعين، كما يُقدَّم حقُّ الجاني على المرتهن؛ إذ الحقُّ المنحصر في العين يفوت بفواتها، بخلاف المتعلِّق بالذِّمَّة مع العين؛ فإنَّه يستوفى من الذِّمَّة عند فوات العين، وهذا مأخذ القاضي.

وفيه ضعف، فإنَّ الزَّكاة عندنا لا تسقط بتلف النِّصاب مطلقًا، بل تتعلَّق بالذِّمَّة حينئذٍ؛ فهي إذًا كدين الرَّهن.

وأظهر من هذا أن يقال: تعلُّق الزَّكاة قهريٌّ، وتعلُّق الرَّهن اختياريٌّ، والقهريُّ أقوى؛ كالجناية.

أو يقال: هو تعلُّق بسبب المال، وتعلُّق الرَّهن بسبب خارجيٍّ، والتَّعلُّق بسبب المال مقدَّم؛ كجناية العبد المرهون.

(١) زاد في (أ): بعد الموت.

وعلى هذه المآخذ: متى قيل بتعلُّق الزَّكاة[(١)] بالذِّمَّة خاصَّة؛ لم يُقدَّم على حقِّ المرتهن؛ لتعلُّقه بالعين، وصرَّح به بعض المتأخِّرين.

والمأخذ الثَّاني: أنَّ النِّصاب سبب دين الزَّكاة؛ فقُدِّم دينها عند مزاحمة غيره من الدُّيون في النِّصاب؛ كما يقدَّم من وجد عين ماله عند إنسان[(٢)] أفلس، وهذا مأخذ صاحب «التَّلخيص».

وعلى هذا؛ فلا يفترق الحال بين قولنا: تتعلَّق[(٣)] الزَّكاة بالذِّمَّة، أو بالعين.

الحالة الثَّانية: أن يكون للمالك مال يؤدِّي منه الزَّكاة غير الرَّهن؛ فليس له أداء الزَّكاة منه بدون إذن المرتهن على المذهب، وذكره الخرقيُّ أيضًا؛ لأنَّ تعلُّق حقِّ المرتهن مانع من تصرُّف الرَّاهن في الرَّهن بدون إذن، والزَّكاة لا يتعيَّن إخراجها منه.

وذكر السَّامريُّ أنَّه متى قلنا: الزَّكاة تتعلَّق بالعين؛ فله إخراجها منه أيضًا؛ لأنَّه تعلُّق قهريٌّ، ومنحصر في العين؛ فهو كحقِّ الجناية.

الفائدة الخامسة: التَّصرُّف في النِّصاب أو بعضه بعد الحول ببيع أو غيره، والمذهب: صحَّته، ونصَّ عليه أحمد، قال الأصحاب: وسواء قلنا: الزَّكاة في العين أو الذِّمة.

وذكر أبو بكر في «الشَّافي»: أنَّا إن قلنا: الزَّكاة في الذِّمَّة؛ صحَّ

(١) قوله: (الزَّكاة) سقط من (ب) و(ج).
(٢) في (ب): رجل.
(٣) في (ب): بتعلُّق.

التَّصرُّف مطلقًا، وإن قلنا: في العين؛ لم يصحَّ التَّصرُّف في مقدار الزَّكاة.

وهذا متوجِّه على قولنا: إنَّ تعلُّق الزَّكاة تعلُّق شركة أو رهن، صرَّح به بعض المتأخِّرين.

ونزَّل أبو بكر على هذا الاختلاف: الرِّوايتين المنصوصتين عن أحمد في المرأة إذا وهبت زوجها مهرها الَّذي لها في ذمَّته؛ فهل تجب زكاته عليها أو عليه[(١)]؟

قال: فإن صحَّحنا هبة المهر جميعه؛ فعلى المرأة إخراج زكاته من مالها، وإن صحَّحنا الهبة فيما عدا مقدارَ الزَّكاة؛ كان قدر الزَّكاة حقًّا للمساكينِ في ذمَّة الزَّوج؛ فيلزمه أداؤه إليهم، ويسقط عنه بالهبة ما عداه.

وهذا بناء غريب جدًّا.

وعلى المذهب: فلو باع النِّصاب كلَّه؛ تعلَّقت الزَّكاة بذمَّته حينئذ بغير خلاف؛ كما لو تلف.

فإن عَجَز عن أدائها، فطريقان:

أحدهما: ما قاله صاحب «شرح الهداية»: إن قلنا: الزَّكاة في الذِّمَّة ابتداء؛ لم يفسخ البيع، كما لو وجب عليه دين لآدميٍّ وهو موسر، فباع متاعه، ثمَّ أعسر، وإن قلنا: في العين؛ فُسِخَ البيع في قدرها؛ تقديمًا لحقِّ المساكينِ[(٢)] لسبقه.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): عليه أو عليها.

(٢) قوله: (لحق المساكين) سقط من (أ).

الثَّاني[١]: ما قال صاحب «المغني»: إنَّها تتعيَّن في ذمَّته كسائر الدُّيون بكلِّ حال، ثمَّ ذكر احتمالًا بالفسخ في مقدار الزَّكاة من غير بناء على محلِّ التَّعلُّق.

الفائدة السَّادسة: لو كان النِّصاب غائبًا عن مالكه لا يقدر على الإخراج منه؛ لم يلزمه إخراج زكاته حتَّى يتمكَّن من الأداء منه، نصَّ عليه أحمد في رواية مهنَّى، وصرَّح به الشَّيخ مجد الدِّين في موضع من «شرح الهداية»؛ لأنَّ الزَّكاة مواساة؛ فلا يلزم أداؤها قبل التَّمكُّن من الانتفاع بالمال المواسى منه.

ونصَّ أحمد في رواية ابن ثواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه: أنَّه لا يلزمه أداء زكاته حتَّى يقبضه؛ لأنَّ عَوْدَه مرجو، بخلاف التَّالف بعد الحول.

وهذا لعلَّه يرجع إلى أنَّ أداء الزَّكاة لا يجب على الفور[٢].

وقال القاضي وابن عقيل: يلزمه أداء زكاته قبل قبضه؛ لأنَّه في يده حكمًا، ولهذا يتلف من ضمانه، بخلاف الدَّين الَّذي في ذمَّة غريمه.

وكذلك ذكر صاحب «شرح الهداية» في موضع آخر.

وأشار في موضع آخر[٣] إلى بناء ذلك على محلِّ الزَّكاة؛ فإن قلنا: الذِّمَّة؛ لزمه الإخراج عنه من غيره؛ لأنَّ زكاته لا تسقط بتلفه، بخلاف

(١) في (ب): والثاني.
(٢) قوله: (وهذا لعلَّه يرجع إلى أنَّ أداء الزَّكاة لا يجب على الفور) سقط من (ب).
(٣) قوله: (آخر) سقط من (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

الدَّين، وإن قلنا: العين؛ لم يلزمه الإخراج حتَّى يتمكَّن من قبضه.

والصَّحيح الأوَّل، ووجوب الزَّكاة عن الغائب إذا تلف قبل قبضه مخالف لكلام أحمد.

الفائدة السَّابعة: إذا أخرج ربُّ المال زكاة حقِّه من مال المضاربة منه؛ فهل يحسب ما أخرجه من رأس المال ونصيبه من الرِّبح، أم من نصيبه من الرِّبح خاصَّة؟

على وجهين معروفين، بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محلِّ التَّعلُّق:

فإن قلنا: الذِّمَّة؛ فهي محسوبة من الأصل والرِّبح؛ كقضاء الدُّيون.

وإن قلنا: العين؛ حسبت من الرِّبح؛ كالمؤنة؛ لأنَّ الزَّكاة إنَّما تجب في المال النَّامي، فيحسب من نمائه.

ويمكن أن ينبني على هذا الأصل أيضًا: الوجهان في جواز إخراج المضارِب زكاة حصَّته من مال المضاربة؛ فإن قلنا: الزَّكاة تتعلَّق بالعين؛ فله الإخراج منه، وإلَّا فلا، وفي كلام بعضهم إيماء إلى ذلك.

وأمَّا حقُّ ربِّ المال؛ فليس للمضارِب تزكيته بدون إذنه، نصَّ عليه في رواية المروذي[1]، اللَّهمَّ إلَّا أن يصير المضارِب شريكًا؛ فيكون حكمه حكم سائر الخلطاء، والله أعلم.

---

(١) ينظر: الفروع (٣/ ٤٦٧).

[٣] المستفاد بعد النِّصاب في أثناء الحول؛ هل يضمُّ إلى النِّصاب، أو يفرد عنه؟

إذا استفاد مالًا زكويًّا من جنس النِّصاب في أثناء حوله؛ فإنَّه يُفرَد بحول عندنا، ولكن هل يضمُّه إلى النِّصاب في العدد، أو يُخلَط[١] به ويزكيه زكاة خلطة، أو يُفرِده بالزَّكاة كما أفرده بالحول؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنَّه يفرده بالزَّكاة؛ كما يفرده بالحول، وهذا الوجه مختصٌّ بما إذا كان المستفاد نصابًا أو دون نصاب، ولا يغيِّر فرض النِّصاب.

أمَّا إن كان دون نصاب ويغيِّر فرض النِّصاب؛ لم يتأت فيه هذا الوجه، صرَّح به صاحب «شرح الهداية»؛ لأنَّه مضموم إلى النِّصاب في العدد؛ فيلزم حينئذ جعل ما ليس بوقص في المال وقصًا، وهو ممتنع.

ويختصُّ هذا الوجه أيضًا بالحول الأوَّل دون ما بعده؛ لأنَّ ما بعد الحول الأوَّل يجتمع[٢] فيه مع النِّصاب في الحول كلِّه، بخلاف الحول الأوَّل، صرَّح بذلك غير واحد، وكلام بعضهم مشعر باطِّراده في كلِّ الأحوال.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): يخلطه.

(٢) في (ب): ممتنع.

وصرَّح القاضي أبو يعلى الصَّغير بحكاية ذلك وجهًا.

والوجه الثَّاني: أنَّه يُزَّكى زكاة خلطة، وصحَّحه صاحب «شرح الهداية»؛ كما لو اختلط نفسان في أثناء حول وقد ثبت لأحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه، وزعم أنَّ صاحب «المغني» ضعَّفه، وإنَّما ضعَّف الأوَّل.

والوجه الثَّالث: أنَّه يُضَمُّ إلى النِّصاب؛ فيُزَكَّى زكاة ضمٍّ.

وعلى هذا: فهل الزِّيادة كنصاب منفرد، أم الكلُّ نصاب واحد؟ على وجهين:

أحدهما: أنَّها كنصاب منفرد، ولولا ذلك لزُكِّي النِّصاب عقيب تمام حوله بحصَّته من فرض المجموع، كما في سائر الأحوال، ولم يُزَكَّ زكاة انفراد، وهذا قول أبي الخطَّاب في «انتصاره»، وصاحب «المحرَّر».

والثَّاني: أنَّ الجميع نصاب واحد، وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وصاحب «المغني»، وهو الأظهر، وإنَّما زَكَّى النِّصاب[1] زكاة انفراد؛ لانفراده في أوَّل حوله الأوَّل، بخلاف الحول الثَّاني وما بعده.

فعلى هذا: إذا تمَّ حول المستفاد؛ وجب إخراج بقيَّة فرض المجموع بكلِّ حال؛ لأنَّه بكمال حوله يتمُّ حول الجميع؛ فيجب تتمَّة زكاته، ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه.

وعلى الأوَّل: إذا تمَّ حول المستفاد؛ وجب فيه ما بقي من فرض

(١) في (ب): بالنصاب.

الجميع بعد إسقاط ما أخرج عن الأوَّل منه، إلَّا أن يزيد بقيَّة الفرض على فرض المستفاد بانفراده، أو ينقص عنه، أو يكون من غير جنس فرض الأوَّل؛ فإنَّه يتعذَّر ههنا وجه الضَّمِّ، ويتعيَّن وجه الخلطة أو الانفراد، إلَّا أن يكون المستفاد دون نصاب مغيِّرًا للفرض؛ فيتعيَّن وجه الخلطة، ويلغو وجه الانفراد أيضًا على ما سبق، وبهذا كلِّه صرَّح صاحب «شرح الهداية»، وبناه على أنَّ المُخْرَجَ عن المستفاد بخصوصيَّته.

وتظهر[(١)] فائدة اختلاف هذين الوجهين في أنواع ثلاثة:

النَّوع الأوَّل: أن يكون[(٢)] تتمة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد بخصوصه[(٣)].

مثل أن يملك خمسين من البقر، ثمَّ ثلاثين بعدها، فإذا تمَّ حول الأولى؛ فعليه مسنَّة، فإذا تمَّ حول الثَّانية؛ فعليه مسنَّة أخرى على الوجه الثَّاني، وهو الأظهر.

وعلى الأوَّل: يمتنع[(٤)] الضَّمُّ هنا؛ لئلَّا يؤدِّي إلى إيجاب مسنَّة عن ثلاثين، ويجب إمَّا تبيع على وجه الانفراد، أو ثلاثة أرباع مسنَّة على وجه الخلطة.

---

(١) في (ب): ويظهر. وفي (د): ولظهر.
(٢) في (أ) و(د) و(و): تكون.
(٣) في (أ): خصوصته.
(٤) في (أ): يمنع.

النَّوع الثَّاني: أن يكون تتمة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده.

مثل أن يملك ستًّا وسبعين من الإبل، ثمَّ ستًّا وأربعين بعدها، فإذا تمَّ حول الأولى؛ فعليه ابنتا لبون، وإذا[1] تمَّ حول الثَّانية:

فعلى الوجه الثَّاني: يلزمه تمام فرض المجموع، وهو بنت لبون.

وعلى الأوَّل: يمتنع ذلك؛ لأنَّ فرضه على الانفراد حِقَّة؛ فيزكَّى إمَّا على الخلطة أو الانفراد.

وهذا بعيد؛ فإنَّ وجه الضَّمِّ إذا اعتبر مع كون المستفاد يصير وقصًا محضًا بضمِّه إلى النِّصاب، وإن كان فيه زكاة بانفراده؛ فكيف لا يعتبر إذا كان فرضه دون فرضه بانفراده؟!

النَّوع الثَّالث: أن يكون فرض النِّصاب الأوَّل المُخْرَج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه.

مثل أن يملك عشرين من الإبل، ثمَّ خمسًا بعدها:

فعلى الوجه الأوَّل: يمتنع الضَّمُّ ههنا؛ لتعذُّر طرح المخرج عن الأوَّل من واجب الكلِّ.

وعلى الثَّاني - وهو الأظهر -: يجب إخراج تتمة الزَّكاة وإن كان من غير الجنس؛ لضرورة اختلاف الحولين، لا سيَّما ونحن على أحد الوجهين نجيز تشقيص الفرض لغير ضرورة؛ كإخراج نصفي شاة عن أربعين، أو حقَّتين وبنتي لبون ونصفًا عن مائتين من الإبل؛ فههنا أولى.

وعلى هذا؛ فقد يتَّفق وجه الخلطة ووجه الضَّمِّ على هذا التَّقدير؛

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): فإذا.

حيث لم تكن[١] زكاة الخلطة مفضية إلى زيادة الفرض أو نقصه، وقد يختلفان؛ حيث أدَّى الاتِّفاق إلى أحد الأمرين، وسبب ذلك أنَّ هذا النَّوع على ضربين:

أحدهما: ألَّا يكون في واحد منهما[٢] - أعني: النِّصاب والمستفاد - وقص، ولا حدث من اجتماعهما وقص؛ فيزكَّى كما تقدَّم، وهو أنَّا نأخذ فرض الجميع؛ فنخرج[٣] عند تمام حول المستفاد حصَّته منه، ويتَّفق هنا وجه الضَّمِّ والخلطة؛ فتوجب على الوجهين - فيما إذا كان المستفاد خمسًا من الإبل بعد عشرين - خُمُس بنت مخاض، وهو مقارب لشاة؛ فإنَّ الشَّارع أوجب أربع شياه في عشرين، وبنتَ مخاض في خمس وعشرين؛ فتكون مقدَّرة بخمس شياه.

وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد ثلاثين؛ فإنَّه يجب للزِّيادة ربع مسنَّة؛ لأنَّ التَّبيع مقابل لثلاثة أرباع المسنَّة، والمسنَّة تعدل تبيعًا وثلثًا أبدًا.

الضَّرب الثَّاني: أن يكون في المال وقص؛ إمَّا حالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط؛ فيختلف ههنا وجه الضَّمِّ والخلطة، فإنَّا على وجه الضَّمِّ نجمع من النِّصاب الأوَّل ما تعلَّق به الفرض منه، ويضمُّ إليه تتمة نصاب المجموع من الباقي، ثمَّ نأخذ من فرض المجموع حصَّة هذه

---

(١) في (ب): يكن.

(٢) في (أ): منهم.

(٣) قوله: (فيخرج) سقط من (ب).

التَّتمة - وهي بقيَّة ما يتعلَّق به الفرض من مجموع المال -، ويجعل الباقي من المال إن بقي منه شيء كالمعدوم.

فمثال ذلك والوقص موجود حالة الاجتماع: لو ملك عشرين من الإبل، ثمَّ تسعًا منها، فإذا تمَّ حول الثَّانية؛ ضممتَ إلى العشرينَ الأولى[(١)] خمسًا، يكُنَّ خمسة وعشرين، فرضها بنت مخاض، وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه؛ فيُخرِج عن الباقي خُمُسَ بنت مخاض.

وعلى وجه الخلطة: يُخرِج عنها تسعةَ أجزاءٍ من أصل تسعة وعشرين جزءًا من بنت مخاض.

ومثاله والوقص موجود حالة الانفراد فقط: لو ملك أربعة عشر من الإبل، ثمَّ أحد عشر بعدها، فإذا تمَّ حول الأولى[(٢)]؛ فعليه شاتان، فإذا تمَّ حول الثَّانية؛ ضممنا إلى عشرة من الأول تتمة النِّصاب، وهي خمسة عشر؛ فما أوجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض؛ لأنَّ فيهما جميعًا وقصًا لم يؤدِّ عنه، والمال عند الاجتماع لا وقص فيه؛ فيجب تأدية زكاته كلِّه، فإذا كان قد أخرج عن بعضه؛ وجب الإخراج عن جميع ما لم يخرج عنه منه.

وعلى وجه الخلطة: يجب في الزِّيادة وحدها خُمُسان من بنت مخاض، وخُمُسُ خُمُسٍ بنت مخاض[(٣)].

---

(١) في (ب) و(و): الأُوَل.

(٢) في (ب) و(و): الأُوَل.

(٣) قوله: (خمسان من بنت مخاض، وخمُس خمُس بنت مخاض) هو في (ب): (أحد عشر جزءًا من خمسة وعشرين جزءًا من بنت مخاض)، وهو مضروب عليه في (أ).

فإذا تقرَّر هذا؛ فالمستفاد لا يخلو من أربعة أقسام:

القسم الأوَّل: أن يكون نصابًا مغيِّرًا للفرض.

مثل: أن يملك أربعين شاة، ثمَّ إحدى وثمانين بعدها؛ ففي الأربعين: شاةٌ عند حولها، فإذا تمَّ حول الثَّانية؛ فوجهان:

أحدهما: فيها شاة أيضًا، وهو متخرِّج على وجهي الضَّمِّ والانفراد.

والثَّاني: فيها شاةٌ وأحد وأربعون جزءًا من أصل مائة وأحد وعشرين جزءًا من شاة، وهو وجه الخلطة؛ لأنَّ ذلك حصَّة المستفاد من الشَّاتين الواجبتين في الجميع.

وذكر القاضي وابن عقيل وجماعة: أنَّ وجه الخلطة هنا كوجه الانفراد، تجب به شاة أيضًا؛ لئلَّا يفضي إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع.

وهو مردود: بأنَّهم أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع في غير هذا الموضع.

القسم الثَّاني: أن تكون[1] الزِّيادة نصابًا لا يغيِّر الفرض؛ كمن ملك أربعين شاة، ثمَّ أربعين بعدها.

ففي الأولى إذا تمَّ حولها: شاةٌ.

فإذا تمَّ حول الثَّانية؛ فثلاثة أوجه:

---

(١) في (أ): يكون.

أحدها: لا شيء فيها، وهو وجه الضَّمِّ؛ لأنَّ الزِّيادة بالضَّمِّ تصير[(١)] وقصًا.

والثَّاني: فيها شاة، وهو وجه الانفراد.

والثَّالث: فيها نصف شاة، وهو وجه الخلطة.

القسم الثَّالث: أن تكون[(٢)] الزِّيادة لا تبلغ نصابًا[(٣)]، ولا تغيِّر الفرض؛ كمن ملك أربعين من الغنم، ثمَّ ملك بعدها عشرين:

ففي الأولى إذا تمَّ حولها: شاةٌ.

فإذا تمَّ حول الثَّانية؛ فوجهان:

أحدهما[(٤)]: لا شيء فيها، وهو متوجِّه على وجهي الضَّمِّ والانفراد.

والثَّاني: فيها ثلث شاة، وهو وجه الخلطة.

القسم الرَّابع: ألَّا تبلغ الزِّيادة نصابًا، وتُغيِّرَ الفرض؛ كمن ملك ثلاثين من البقر، ثمَّ عشرًا بعدها، فإذا تمَّ حول الأولى؛ ففيها تبيع، فإذا تمَّ حول الزِّيادة؛ فقال الأصحاب: يجب فيها ربع مسنَّة، ولم يذكروا فيه خلافًا.

ومنهم من صرَّح بنفي الخلاف؛ كصاحب «المحرَّر»، وعلَّل: بأنَّ

---

(١) في (أ): فتصير.

(٢) في (ب): يكون.

(٣) في (ب): نصابها. وفي (ج): نصابًا بها.

(٤) في (أ): أحدها.

وجه الانفراد متعذِّر؛ لما سبق، وكذا وجه الضَّمِّ؛ لأنَّه يفضي على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه، وهو طرح التَّبيع من المسنَّة، وهو متعذِّر؛ فتعيَّن وجه الخلطة.

وأمَّا صاحب «الكافي»؛ فظاهر كلامه: أنَّ هذا متمشٍّ على وجه الضَّمِّ أيضًا، بناء على أصله الَّذي تقدَّم، من أنَّ الكلَّ نصاب واحد وفرضه مسنَّة، وقد أخرج تبيعًا، وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنَّة[١]؛ فيجب إخراج بقيَّة فرض المال، وهو هنا ربع مسنَّة؛ لأنَّ التَّبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنَّة كما سبق تقريره؛ فتبيع وربع مسنَّة يعدل مسنَّة كاملة.

فاحتفظ بهذه الفائدة الجليلة؛ فإنَّك لا تظفر بها في غير هذا الموضع، والله أعلم.

(١) في (أ): المسنَّة.

[٤] الملك في مدَّة الخيار؛ هل ينتقل إلى المشتري أم لا؟

في هذه المسألة روايتان عن الإمام أحمد:

أشهرهما: انتقال الملك إلى المشتري بمجرَّد العقد، وهي المذهب الَّذي عليه الأصحاب.

والثَّانية: لا ينتقل حتَّى ينقضي الخيار، فعلى هذه يكون الملك للبائع.

ومن الأصحاب من حكى: أنَّ الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري، وهو ضعيف.

وللرِّوايتين فوائد عديدة:

منها: وجوب الزَّكاة؛ فإذا باع نصابًا من الماشية بشرط الخيار حولًا؛ فزكاته على المشتري على المذهب، سواء فسخ العقد أو أمضى.

وعلى[١] الرِّواية الثَّانية: الزَّكاة على البائع إذا قيل: الملك باق له.

ومنها: لو باعه عبدًا بشرط الخيار، وأهلَّ هلال الفطر وهو في مدَّة الخيار؛ فالفطرة على المشتري على المذهب.

---

(١) في (ب): على.

وعلى البائع على الثَّانية.

ومنها: لو كَسَب المبيعُ في مدَّة الخيار كسبًا، أو نما نماء منفصلًا؛ فهو للمشتري؛ فسخ العقد أو أمضى.

وعلى الثَّانية: هو للبائع.

ومنها: مؤنة الحيوان والعبد المُشترى بشرط الخيار؛ يجب على المشتري على المذهب.

وعلى البائع على الثَّانية.

ومنها: إذا تلف المبيع في مدَّة الخيار؛ فإن كان بعد القبض، أو لم يكن مبهمًا؛ فهو من مال المشتري على المذهب.

وعلى الثَّانية: من مال البائع.

ومنها: لو تعيَّب المبيع في مدَّة الخيار؛ فعلى المذهب: لا ردَّ بذلك؛ إلَّا أن يكون غير مضمون على المشتري؛ لانتفاء القبض.

وعلى الثَّانية: له الرَّدُّ بكلِّ[١] حال.

ومنها: تصرُّف المشتري في مدَّة الخيار؛ فلا يجوز، إلَّا بما يحصل به تجربته، إلَّا أن يكون الخيار له وحده، كذا ذكر الأصحاب.

والمنصوص عن أحمد في رواية أبي طالب: أنَّ له التَّصرُّف فيه بالاستغلال.

وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين:

أحدهما: أن ذاك[٢] فرج؛ فيحتاط له.

---

(١) في (أ): كلِّ.

(٢) في (أ): أن يكون ذلك.

والثَّاني: أنَّ ذاك شرط وهذا خيار.

وهذا يدلُّ على جواز تصرُّفه بما لا يمنع البائع من الرُّجوع؛ كالاستخدام والإجارة، وإنَّما يمنع من إخراجه من ملكه أو تعريضه للخروج بالرَّهن، والتَّدبير، والكتابة، ونحوها، هذا كلُّه على المذهب.

وعلى الرِّواية الثَّانية: يجوز التَّصرُّف للبائع وحده؛ لأنَّه مالك ويملك الفسخ، فإنَّ الخيار وضع لغرض الفسخ دون الإمضاء.

فأمَّا حكم نفوذ التَّصرُّف وعدمه:

فالمذهب(١): أنَّه لا ينفذ بحال، إلَّا بالعتق.

ونقل مهنَّى وغيره عن أحمد: أنَّه موقوف على انقضاء مدَّة الخيار.

وهذا إذا كان الخيار لهما، فإن كان للبائع وحده؛ فكذلك في تصرُّف المشتري الرِّوايتان.

وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى: أنَّه إن أجازه البائع؛ صحَّ، والثَّمن له، وإن ردَّه؛ بطل البيع، وعلى المشتري استرداده، فإن تعذَّر؛ فعليه قيمته، وإن سُرِقَ أو هلك؛ فهو من ضمان المشتري.

فحمل السَّامريُّ هذه الرِّواية: على أنَّ الملك لم ينتقل إلى البائع(٢)، وآخرها يبطل ذلك.

والصَّحيح: أنَّها رواية بطلان التَّصرُّف من أصله، لكنَّها مفرَّعة على أنَّ الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله؛ فتبيَّن به أن الملك كان للبائع،

---

(١) قوله: (فالمذهب) هو في (ب): والمشهور في المذهب.

(٢) في (ج) و(د) و(هـ): المشتري.

وعلى أنَّ تصرُّف الفضوليِّ موقوف على إجازة المالك.

وإن كان الخيار للمشتري وحده؛ صحَّ تصرفه، ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما؛ لانقطاع حقِّ البائع ههنا.

وظاهر كلام أحمد في رواية حرب: أنَّه لا ينفذ حتَّى يتقدَّمه إمضاء العقد، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضًا؛ لقصور الملك، فلو تصرَّف المشتري مع البائع والخيار لهما؛ صحَّ، ذكره صاحبا «المغني» و«المحرَّر».

وفي «المجرَّد» للقاضي احتمالان.

هذا كلُّه تفريع على المذهب، وهو انتقال الملك إلى المشتري.

فأمَّا على الرِّواية الأخرى: فإن كان الخيار لهما أو للبائع وحده؛ صحَّ تصرُّفه مطلقًا؛ لأنَّ الملك له، وهو بتصرُّفه مختار للفسخ، بخلاف تصرُّف المشتري؛ فإنَّه يختار به الإمضاء، وحقُّ الفسخ مقدَّم عليه.

ومنها: الوطء في مدَّة الخيار؛ فإن وطئ المشتري؛ فلا شيء عليه؛ لأنَّ الملك له.

وإن وطئ البائع:

فإن كان جاهلًا بالتَّحريم؛ فلا حدَّ عليه.

وإن كان عالمًا به؛ فالمنصوص عن أحمد في رواية مهنَّى: أنَّه يجب عليه الحدُّ[١]، وهو اختيار أبي بكر، وابن حامد، والقاضي، والأكثرين؛ لأنَّه وطء لم يصادف ملكًا ولا شبهة ملك، وهو محرَّم

---

(١) ينظر: التعليقة للقاضي أبي يعلى (٣/ ٨٣).

بالإجماع؛ فوجب به الحدُّ؛ كوطء المرتهن.

ومن الأصحاب من قيَّد ذلك: بأن يعلم أنَّ الملك لا ينفسخ بوطئه، أمَّا إن اعتقد أنَّه ينفسخ بوطئه؛ فلا حدَّ؛ لأنَّ تمام الوطء وقع في ملك؛ فتمكَّنت الشُّبهة فيه.

ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية: بعدم الحدِّ مطلقًا، ومال إلى ذلك ابن عقيل، وصاحبا «المغني» و«المحرَّر»؛ لوقوع الاختلاف في حصول الملك له وفي انفساخ العقد بوطئه، بل وبمقدِّمات وطئه؛ فيكون الوطء حينئذٍ في[1] ملك تامٍّ.

وأمَّا على الرِّواية الثَّانية: فلا حدَّ على البائع، وفي المشتري الخلاف.

ومنها: ترتُّب موجبات الملك من الانعتاق بالرَّحم أو بالتَّعليق[2]، وانفساخ النِّكاح ونحوها؛ فيثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب.

وعلى الثَّانية: لا يثبت إلَّا بعد انقضائه.

ولو حلف لا يبيع، فباع بشرط الخيار؛ خرج على الخلاف أيضًا، ذكره القاضي.

وأنكر الشَّيخ مجد الدِّين ذلك، وقال: يحنث على الرِّوايتين.

فأمَّا الأخذ بالشُّفعة؛ فلا يثبت في مدَّة الخيار على الرِّوايتين عند

(١) في (ب): من.

(٢) في (أ): بالتعلق.

أكثر الأصحاب، ونصَّ عليه أحمد في رواية حنبل[(١)].

فمن الأصحاب من علَّل: بأنَّ الملك لم[(٢)] يستقرَّ بعد.

ومنهم من علَّل: بأنَّ الأخذ بالشُّفعة يُسقِط حقَّ البائع من[(٣)] الخيار؛ فلذلك لم تجز المطالبة بها في مدَّته، وهو تعليل القاضي في خلافه، فعلى هذا: لو كان الخيار للمشتري وحده؛ لثبتت الشُّفعة.

وذكر أبو الخطَّاب احتمالًا: بثبوت الشُّفعة مطلقًا إذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري.

ومنها: إذا باع أحد الشَّريكين شقصًا بشرط الخيار، فباع الشَّفيع حصَّته في مدَّة الخيار:

فعلى المذهب: يستحقُّ المشتري الأوَّل انتزاع شقص الشَّفيع من يد مشتريه؛ لأنَّه هو شريك الشَّفيع حالة بيعه.

وعلى الثَّانية: يستحقُّه البائع الأوَّل؛ لأنَّ الملك باق له.

ومنها: لو[(٤)] باع الملتقط اللُّقطة بعد الحول بشرط الخيار، ثمَّ جاء ربُّها في مدَّة الخيار:

فإن قلنا: لم ينتقل الملك[(٥)]؛ فالرَّدُّ واجب.

وإن قلنا بانتقاله؛ فوجهان، والمجزوم به في «الكافي» الوجوب.

---

(١) ينظر: التعليقة للقاضي أبي يعلى (٣/ ٦٦).

(٢) في (ب): (لا).

(٣) في (ب): (في).

(٤) في (ب): إذا.

(٥) قوله: لم ينتقل الملك) هو في (ب): لم ينقل.

ومنها: لو باع مُحِلٌ صيدًا بشرط الخيار، ثمَّ أحرم في مدَّته:

فإن قلنا: انتقل الملك عنه؛ فليس له الفسخ؛ لأنَّه ابتداء ملك على الصَّيد، وهو ممنوع منه.

وإن قلنا: لم ينتقل الملك عنه؛ فله ذلك، ثمَّ إن كان في يده المشاهدة؛ أرسله، وإلَّا فلا.

ومنها: لو باعت[1] الزَّوجة قبل الدُّخول الصَّداق بشرط الخيار، ثمَّ طلَّقها الزَّوج:

فإن قلنا: الملك انتقل عنها؛ ففي لزوم استردادها وجهان.

وإن قلنا: لم يزل؛ لزمها استرداده وجهًا واحدًا.

ومنها: لو باع أمة بشرط الخيار، ثمَّ فسخ البيع؛ وجب على البائع الاستبراء على المذهب.

وعلى الثَّانية: لا يلزمه؛ لبقاء الملك.

ومنها: لو اشترى أمة بشرط الخيار، واستبرأها في مدَّته:

فإن قلنا: الملك لم ينتقل إليه؛ لم يكفه ذلك الاستبراء.

وإن قلنا بانتقاله؛ ففي «الهداية» و«المغني»: يكفي، وفي «التَّرغيب» و«المحرَّر»: وجهان؛ لعدم استقرار الملك.

(١) في (ب): باع.

[٥] الإقالة، هل هي فسخ أو بيع؟

في هذه المسألة روايتان منصوصتان.

واختيار الخرقيِّ، والقاضي، والأكثرين: أنَّها فسخ، وحكاه القاضي عن أبي بكر.

وفي «التَّنبيه» لأبي بكر التَّصريح باختيار أنَّها بيع.

ولهذا الخلاف فوائد عدَّيدة:

الأولى: إذا تقايلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه؛ فيجوز على قولنا: هي فسخ.

ولا يجوز على الثَّانية، إلَّا على رواية حكاها القاضي في «المجرَّد» في الإجارات: أنَّه يصحُّ بيعه من بائعه خاصَّة قبل القبض.

الفائدة الثَّانية: هل يجوز في المكيل والموزون بغير كيل ووزن؟

إن قلنا[١]: هي فسخ؛ جازت كذلك.

وإن قلنا: هي بيع؛ فلا، هذه طريقة أبي بكر في «التَّنبيه»، والقاضي، والأكثرين.

وحُكي عن أبي بكر: أنَّه لا بدَّ فيها من كيل ثانٍ على الرِّوايتين، كما أنَّ الفسخ في النِّكاح يقوم مقام الطَّلاق في إيجاب العدَّة.

---

(١) في (ب): قيل.

الفائدة الثَّالثة: إذا تقايلا بزيادة على الثَّمن، أو نقص منه، أو بغير جنس الثَّمن:

فإن قلنا: هي فسخ؛ لم يصحَّ؛ لأنَّ الفسخ رفع للعقد؛ فيترادَّان العوضين على وجههما؛ كالرَّدِّ بالعيب وغيره.

وإن قلنا: هي بيع؛ فوجهان حكاهما أبو الخطَّاب ومن بعده:

أحدهما: يصحُّ، وقاله القاضي في كتاب «الرِّوايتين»؛ كسائر البيوع.

والثَّاني: لا يصحُّ، وهو المذهب عند القاضي في «خلافه»، وصحَّحه السَّامريُّ؛ لأنَّ مقتضى الإقالة ردُّ الأمر إلى ما كان عليه، ورجوع كلٍّ واحد إلى ماله؛ فلم يجز بأكثر من الثَّمن، وإن كانت بيعًا كبيع التَّولية.

وهذا ظاهر ما نقله ابن منصور عن أحمد في رجل اشترى سلعة، فندم، فقال[١]: أقلني ولك كذا وكذا، قال أحمد: (أكره أن يكون[٢] ترجع إليه سلعته ومعها فضل، إلَّا أن يكون قد[٣] تغيَّرت السُّوق، أو تتاركا البيع، فباعه بيعًا مستأنفًا؛ فلا بأس به، ولكن إن جاء إلى نفس البيع فقال: أقلني فيها ولك كذا وكذا؛ فهذا مكروه)[٤].

(١) في (ب): قال.
(٢) قوله: (يكون) سقط من (ب).
(٣) قوله: (قد) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن).
(٤) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٤٦).

فقد كره الإقالة في البيع الأوَّل بزيادة بكلِّ حال، ولم[(١)] يجوِّز الزِّيادة، إلَّا إذا أقرَّ البيع بحاله وتبايعاه بيعًا مستأنفًا.

وفيه: أنَّه[(٢)] إذا تغيَّرت السُّوق؛ جازت الإقالة بنقص في مقابلة نقص[(٣)] السِّعر.

وكذا لو تغيَّرت صفة[(٤)] السِّلعة، وأولى.

ونصَّ في رواية أحمد بن القاسم[(٥)]، وسندي، وحنبل: على الكراهة بكلِّ حال؛ نقدًا كان البيع أو نسيئة، بعد نقد الثَّمن أو قبله، معلِّلًا بشبهه بمسائل العينة؛ لأنَّه يَرجِعُ السِّلعةَ[(٦)] إلى صاحبها، ويبقى له على المشتري فضل دراهم.

ولكن محذور الرِّبا هنا بعيد جدًّا؛ لأنَّه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثمَّ يأخذ نقدًا خمسة - مثلًا -، لا سيَّما والدَّافع هنا هو الطَّالب لذلك الرَّاغب فيه.

ونُقِل عنه ما يدلُّ على جوازه؛ قال في رواية الأثرم: وسأله عن بيع العربون[(٧)]؛ ....

(١) في (ب): لا.
(٢) قوله: (أنَّه) سقط من (أ).
(٣) في (ب): بعض.
(٤) قوله: (صفة) سقط من (أ).
(٥) ينظر: الروايتين والوجهين (١/ ٣٥٩).
(٦) قوله: (لأنه يرجع السلعة) هي في (ب): لأنها ترجع.
(٧) قال في المغني (٤/ ١٧٥): (العربون في البيع: هو أن يشتري السلعة، فيدفع إلى البائع درهمًا أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها =

فذكر له حديث عمر[١]، فقيل له: تذهب إليه؟ قال: (أيُّ شيء أقول وهذا عن عمر؟!)، ثمَّ قال: (أليس كان ابن سيرين لا يرى بأسًا أن يردَّ السِّلعة إلى صاحبها إذا كرهها ومعها شيء؟!) ثمَّ قال: (هذا مثله).

فقد جعل بيع العربون من جنس الإقالة بربح، وهو يرى جواز بيع العربون، وهذا الخلاف هنا شبيه[٢] بالخلاف في جواز الخلع بزيادة على المهر.

فأمَّا البيع[٣] المبتدأ؛ فيجوز بأكثر من ثمنه؛ كما نقله عنه ابن منصور[٤]، وكذلك نقله[٥] عنه حرب فيمن باع ثوبًا بعشرين وقبضها، ثمَّ احتاج إليه فاشتراه باثنين وعشرين نقدًا؛ فقال: لا بأس به، ولا يجوز نسيئة، ولم ير بأسًا أن يشتريه بمثل الثَّمن نقدًا أو نسيئة[٦].

ونقل عنه أبو داود فيمن باع ثوبًا بنقد، ثمَّ احتاج إليه: يشتريه

= فذلك للبائع، يقال: عربون، وأربون، وعربان، وأربان).

(١) يشير إلى ما أخرجه عبد الرزاق (٩٢١٣)، وابن أبي شيبة (٢٣٢٠١)، من طريق عمرو بن دينار، عن عبد الرحمن بن فروخ مولى نافع بن عبد الحارث قال: «اشترى نافع بن عبد الحارث من صفوان بن أمية دار السجن بثلاثة آلاف، فإنْ عُمَر رَضِيَ؛ فالبيع بيعه، وإن عُمَر لم يرض بالبيع؛ فلصفوان أربعمائة درهم، فأخذها عمر».

(٢) في (ب): مشبَّه.

(٣) زيد في (ب): (عين).

(٤) تقدمت قريبًا، (٣/ ٢٥٢).

(٥) في (ب) و(د): نقل.

(٦) في (أ) و(د) و(و): ونسيئة. وينظر: المغني (٤/ ١٣٣).

بنسيئة؟ قال: إذا لم يُرِد بذلك الحيلة، كأنَّه لم يرَ به بأسًا(١).

وصرَّح أبو الخطَّاب وطائفة من الأصحاب: بأنَّ كلَّ بيع - وإن كان بنقد -؛ لا يجوز لبائعه شراؤه بدون ثمنه قبل نقد الثَّمن، ويجوز بعده، وكذلك نقل ابن منصور عن أحمد: أنَّه بعد القبض يبيعه كيف شاء(٢).

الفائدة الرَّابعة: تصحُّ(٣) الإقالة بلفظ: (الإقالة)، و(المصالحة)؛ إن قلنا: هي(٤) فسخ، ذكره القاضي وابن عقيل.

وإن قلنا: هي بيع؛ لم ينعقد بذلك، صرَّح به القاضي في «خلافه»؛ قال: وما يصلح للحلِّ لا يصلح للعقد، وما يصلح للعقد فلا يصلح للحلِّ(٥)؛ فلا ينعقد البيع بلفظ الإقالة، ولا الإقالة بلفظ البيع.

وظاهر(٦) كلام كثير من الأصحاب انعقادها بذلك، وتكون معاطاة.

الفائدة(٧) الخامسة: إذا قلنا: هي فسخ؛ لم يُشتَرط لها شروط البيع؛ من معرفة المُقال فيه، والقدرة على تسليمه، وتميُّزه(٨) عن غيره.

ويشترط ذلك على القول: بأنَّها بيع، ذكره صاحب «المغني» في التَّفليس.

---

(١) ينظر: مسائل أبي داود (ص ٢٦٣).
(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٧٧٦).
(٣) في (ب): يصحُّ.
(٤) في (ب): هو.
(٥) قوله: (وما يصلح للعقد فلا يصلح للحلِّ) سقط من (ب).
(٦) في (ب): فظاهر.
(٧) قوله: (الفائدة) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).
(٨) في (ب) و(ج): تمييزه.

فلو تقايلا العبد[١] وهو غائب بعد مضي مدَّة يتغيَّر[٢] في مثلها، أو بعد إباقه، أو اشتباهه[٣] بغيره؛ صحَّ على الأوَّل دون الثَّاني.

ولو تقايلا مع غيبة أحدهما؛ بأن طلب[٤] منه الإقالة، فدخل الدَّار، وقال[٥] على الفور: أقلتك؛ فإن قلنا: هي فسخ؛ صحَّ، وإن قلنا: بيع؛ لم يصحَّ، ذكره القاضي وأبو الخطَّاب في تعليقهما؛ لأنَّ البيع يشترط له حضور المتعاقدين في المجلس.

ونقل أبو طالب عن أحمد: صحَّة قبول الزَّوج للنِّكاح بعد المجلس، واختلف الأصحاب في تأويلها[٦].

وفي كلام القاضي أيضًا ما يقتضي أنَّ الإقالة لا تصحُّ في غيبة الآخر على الرِّوايتين؛ لأنَّها في حكم العقود؛ لتوقُّفها على رضا المتبايعين، بخلاف الرَّدِّ بالعيب والفسخ للخيار.

---

(١) في (ب): العقد.

(٢) في (ب): لا يتغيَّر.

(٣) قوله: (أو اشتباهه) هو في (ب): واشتباهه.

(٤) في (ب): طلبت.

(٥) في (أ): فقال.

(٦) جاء في المغني (٧/ ٨١): (وقد نقل أبو طالب عن أحمد، في رجل مشى إليه قوم، فقالوا له: زوج فلانًا. قال: قد زوجته على ألف. فرجعوا إلى الزوج فأخبروه، فقال: قد قبلت. هل يكون هذا نكاحا؟ قال: نعم.
قال القاضي: هذا محمول على أنه وكَّل مَن قَبِلَ العقد في المجلس، وقال أبو بكر: مسألة أبي طالب تتوجه على قولين. واختار: أنه لا بد من القبول في المجلس، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى).

وهل تصحُّ مع تلف السِّلعة؟ على طريقين:

أحدهما: لا يصحُّ على الرِّوايتين، وهي طريقة القاضي في موضع من «خلافه»، وصاحب «المغني».

والثَّاني: إن قلنا: هي فسخ؛ صحَّت، وإلَّا لم تصحَّ، قال القاضي في موضع من «خلافه»: هو قياس المذهب.

وفي «التَّلخيص» وجهان؛ قال[١]: أصلهما الرِّوايتان إذا تلف المبيع في مدَّة الخيار.

السَّادسة: هل تصحُّ الإقالة بعد النِّداء للجمعة؟

إن قلنا: هي بيع؛ لم تصحَّ، وإلَّا صحَّت، ذكره القاضي وابن عقيل.

السَّابعة: نما المبيع[٢] نماء منفصلًا، ثمَّ تقايلا:

فإن قلنا: الإقالة بيع؛ لم يتبع النَّماء بغير خلاف.

وإن قلنا: فسخ؛ فقال القاضي: النَّماء للمشتري.

وينبغي تخريجه على وجهين[٣]؛ كالرَّدِّ بالعيب، والرُّجوع للفلس[٤].

الثَّامنة: باعه نخلًا حائلًا، ثمَّ تقايلا وقد أطلع:

---

(١) في (ب): فإن.

(٢) في (أ) و(و): نما البيع. وفي (هـ): إذا نما المبيع

(٣) في (ب): الوجهين.

(٤) في (ب) و(د) و(و): للمفلس.

فإن قلنا: المقايلة بيع؛ فالثَّمرة إن كانت مؤبَّرة؛ فهي للمشتري الأوَّل، وإن لم تكن مؤبَّرة؛ فهي للبائع الأوَّل.

وإن قلنا: هي فسخ؛ تبعت الأصل بكلِّ حال، سواء كانت مؤبَّرة أوْ لا؛ لأنَّه نماء متَّصل[(١)]، ذكره في «المغني»، وقد سبقت المسألة في قاعدة النَّماء.[(٢)]

التَّاسعة: هل يثبت فيها خيار المجلس؟

إن قلنا: هي فسخ؛ لم يثبت[(٣)] الخيار.

وإن قلنا: هي[(٤)] بيع؛ ففي «التَّلخيص»: يثبت الخيار كسائر البيوع[(٥)].

ويحتمل عندي: ألَّا يثبت أيضًا؛ لأنَّ الخيار وُضِع للنَّظر في الحظِّ، والمُقِيل قد دخل على أنَّه لا حظَّ له، وإنَّما هو متبرِّع، والمستقيل لم يطلب الإقالة بعد لزوم العقد إلَّا بعد تروٍّ ونظرٍ وعلمٍ بأنَّ الحظَّ له في ذلك، وندم على العقد الأوَّل؛ فلا يحتاج بعد ذلك إلى مهلة لإعادة النَّظر، والله أعلم.

العاشرة: هل تردُّ بالعيب؟

إن قلنا: هي[(٦)] بيع؛ ردَّت به.

---

(١) في (ب): منفصل. والمثبت موافق لما في المغني (٤/ ٥٤).

(٢) ينظر: القاعدة (٨٢)، (٢/ ١٠٢).

(٣) زاد في (ب): فيها.

(٤) قوله: (هي) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ).

(٥) في (ب): العقود.

(٦) قوله: (هي) سقط من (ب).

وإن قلنا: فسخ؛ فيحتمل ألَّا يردَّ به؛ لأنَّ الأصحاب قالوا: الفسخ لا يفسخ، ويحتمل أن يردَّ به، كما جوَّزوا فسخ الإقالة، والرَّدَّ بالعيب لأخذ الشَّفيع.

وأفتى الشَّيخ تقيُّ الدِّين: بفسخ الخلع بالعيب في عوضه، وبفوات صفة[(١)] فيه، وبإفلاس الزَّوجة به[(٢)].

الحادية عشر: الإقالة في المسلَم فيه قبل قبضه، وفيها طريقان:

أحدهما: بناؤها على الخلاف؛ فإن قلنا: هي فسخ؛ جازت، وإن قلنا: بيع؛ لم يجز، وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتيهما، وصاحب «الرَّوضة»، وابن الزَّاغونيِّ.

والثَّانية: جواز الإقالة فيه على الرِّوايتين، وهي طريقة الأكثرين، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك.[(٣)]

الثَّانية عشر: باعه جزءًا مشاعًا من أرضه، ثمَّ تقايلا:

فإن قلنا: الإقالة فسخ؛ لم يستحقَّ المشتري ولا من حدث له شركة في الأرض قبل المقايلة شيئًا من الشِّقص بالشُّفعة.

وإن قلنا: هي بيع؛ ثبتت لهم الشُّفعة.

وكذا لو باع أحد الشَّريكين حصَّته، ثمَّ عفا الآخر عن شفعته، ثمَّ

---

(١) في (ب): حقِّه.

(٢) جاء في الفروع (٨/ ٤٢٤) في الخلع: وجعله شيخنا كعقد البيع حتى في الإقالة.

(٣) قال ابن المنذر في الإشراف (٦/ ١٠٩): (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه المرء جائز).

تقايلا، وأراد العافي أن يعود إلى الطَّلب، فإن قلنا: الإقالة فسخ؛ لم يكن له ذلك، وإلَّا فله الشُّفعة.

الثَّالثة عشر: اشترى شقصًا مشفوعًا، ثمَّ تقايلاه قبل الطَّلب:

فإن قلنا: هي بيع؛ لم تسقط[١]؛ كما لو باعه[٢] لغير بائعه.

وإن قلنا: فسخ؛ فقيل: لا تسقط[٣] أيضًا، وهو قول القاضي وأصحابه؛ لأنَّ الشُّفعة استُحِقَّت بنفس البيع؛ فلا تسقط بعده.

وقيل: يسقط، وهو المنصوص عن أحمد في رواية محمَّد بن الحكم، وهو ظاهر كلام أبي حفص العُكْبَرِيِّ[٤]، والقاضي في «خلافه».

الرَّابعة عشر: هل يملك المضارب أو الشَّريك الإقالة فيما اشتراه؟

من الأصحاب من قال: إن قلنا: الإقالة بيع؛ ملكه، وإلَّا فلا؛ لأنَّ الفسخ ليس من التِّجارة المأذون فيها، وهي طريقة ابن عقيل في موضع من «فصوله».

والأكثرون: على أنَّه يملكها على القولين مع المصلحة، كما يملك الفسخ بالخيار.

الخامسة عشر: هل يملك المفلس بعد الحجر المقايلة لظهور المصلحة؟

إن قلنا: هي بيع؛ لم يملكه.

---

(١) في (أ) و(ج): يسقط.
(٢) في (ب): بايعه.
(٣) في (ب): يسقط.
(٤) قوله: (العكبريِّ) سقط من (ب).

وإن قلنا: فسخ؛ فالأظهر: أنَّه يملكه؛ كما يملك الفسخ بخيار قائم أو عيب، ولا يتقيَّد بالأحظِّ على الأصح؛ لأنَّ ذلك ليس بتصرُّف مستأنف، بل من تمام العقد الأوَّل ولواحقه.

السَّادسة عشر: لو وهب الأب لولده شيئًا، فباعه، ثمَّ رجع إليه بإقالة:

فإن قلنا: هي بيع، امتنع رجوع الأب فيه.

وإن قلنا: هي فسخ؛ فوجهان.

وكذلك حكم المفلس إذا باع السِّلعة، ثمَّ عادت إليه بإقالة ووجدها بائعها عنده.

السَّابعة عشر: باع أمة، ثمَّ أقال فيها قبل القبض؛ فهل يلزمه استبراؤها؟ فيه طريقان:

أحدهما: قاله أبو بكر وابن أبي موسى: إن قلنا: الإقالة بيع؛ وجب الاستبراء، وإن قلنا: فسخ؛ لم يجب.

والثَّاني: أنَّ في المسألة روايتين مطلقًا، من غير بناء على هذا الأصل.

ثمَّ قيل: إنَّه مبنيٌّ على انتقال الضَّمان عن البائع وعدمه، وإليه أشار ابن عقيل.

وقيل: بل يرجع إلى أن تجدُّد الملك مع تحقق البراءة من الحمل هل يوجب[١] الاستبراء؟ وهذا أظهر.

---

(١) في (أ): يجب.

الثَّامنة عشر: لو حلف لا يبيع، أو ليبيعنَّ، أو علَّق على البيع طلاقًا أو عتقًا، ثمَّ أقال؛ فإن قلنا: هي بيع؛ ترتَّبت[١] عليها أحكامه من البرِّ والحنث، وإلَّا فلا.

وقد يقال: الأيمان تنبني على العرف، وليس في العرف أنَّ الإقالة بيع.

التَّاسعة عشر: تقايلا في بيع فاسد، ثمَّ حكم الحاكم بصحَّة العقد ونفوذه؛ فهل يؤثر حكمه؟

إن قلنا: هي بيع؛ فحكمه بصحَّة العقد الأوَّل صحيح؛ لأنَّ العقد باق، وقد تأكَّد بترتُّب عقد آخر عليه.

وإن قلنا: هي فسخ؛ لم ينفذ؛ لأنَّ العقد ارتفع بالإقالة؛ فصار كأنَّه لم يوجد.

ويحتمل: أن ينفذ، وتلغى الإقالة؛ لأنَّها تصرُّف في بيع فاسد قبل الحكم بصحَّته؛ فلم ينفذ، ولم يؤثر فيه شيئًا[٢]، هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في «عمد الأدلَّة».

العشرون: لو باع ذميٌّ ذميًّا[٣] خمرًا، وقُبِضت دون ثمنها، ثمَّ أسلم البائع، وقلنا: يجب له الثَّمن، فأقال المشتري فيها:

فإن قلنا: الإقالة بيع؛ لم يصحَّ؛ لأنَّ شراء المسلم الخمر لا يصحُّ.

---

(١) في (أ) و(و): يترتَّب. وفي (ج) و(د): ترتَّب.
(٢) قوله: (شيئًا) سقط من (ب).
(٣) زاد في (ب): آخر.

وإن قلنا: هي[(١)] فسخ؛ احتمل أن يصحَّ، فيرتفع بها العقد، ولا يدخل في ملك المسلم؛ فهي في معنى إسقاط الثَّمن عن المشتري.

واحتمل ألَّا يصحَّ؛ لأنَّه استرداد لملك الخمر؛ كما قال الأصحاب[(٢)] في المُحْرِم: إنَّه لا يستردُّ الصَّيد بخيار ولا غيره، فإن ردَّ عليه بذلك؛ صحَّ الرَّدُّ ولم يدخل في ملكه، فيلزمه إرساله.

وفي «التَّلخيص»: لو رُدَّ العبد المسلم على بائعه الكافر بعيب؛ صحَّ ودخل في ملكه؛ لأنَّه قهريٌّ؛ كالإرث؛ فيمكن أن يقال في ردِّ الصَّيد على المحرم بعيب وردِّ الخمر على المسلم بالعيب كذلك؛ إذا قلنا: يملكان بالقهر.

الحادية والعشرون: الإقالة؛ هل تصحُّ بعد موت المتعاقدين؟

ذكر القاضي في موضع من «خلافه»: أنَّ خيار الإقالة يبطل بالموت، فلا[(٣)] يصحُّ بعده[(٤)].

وقال في موضع آخر: إن قلنا: هي بيع؛ صحَّت من الورثة، وإن قلنا: فسخ؛ فوجهان.

---

(١) قوله: (هي) سقط من (أ).

(٢) في (ب): أصحابنا.

(٣) في (ب): ولا.

(٤) في (ب): بعد.

[٦] النُّقود؛ هل تتعيَّن بالتَّعيين في العقد أم لا؟

في المسألة روايتان عن أحمد، أشهرهما: أنَّها تتعيَّن بالتَّعيين في عقود المعاوضات، حتَّى إنَّ القاضي في «تعليقه» أنكر ثبوت الخلاف في ذلك في المذهب، والأكثرون أثبتوه.

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة:

منها: أنَّه يحكم بملكها للمشتري بمجرَّد التَّعيين؛ فيملك التَّصرُّف فيها، وإذا تلفت تلفت من ضمانه على المذهب.

وعلى الرِّواية الأخرى: لا يملكها بدون القبض؛ فهي قبله ملكٌ للبائع[١]، وتتلف من ضمانه.

ومنها: لو بان الثَّمن مستحَقًّا؛ فعلى المذهب الصَّحيح: يبطل العقد؛ لأنَّه وقع على ملك الغير؛ فهو كما لو اشترى سلعة فبانت مستحَقَّة.

وعلى الثَّانية: لا تبطل، وله البدل.

وههنا مسألة مشكلة على قاعدة[٢] **المذهب**: وهي إذا غصب نقودًا فاتَّجر فيها وربح؛ فإنَّ نصوص أحمد متَّفقة على أنَّ الرِّبح للمالك[٣].

---

(١) في (ب) و(ج): البائع.

(٢) في (ب): قواعد.

(٣) لكن نقل حنبل عن الإمام أحمد: يتصدقان به، قال في الروايتين والوجهين =

فمن الأصحاب من بناه على القول بوقف تصرُّف الغاصب على الإجازة؛ كابن عقيل، وصاحب «المغني».

ومنهم من بناه على أنَّ تصرُّفات الغاصب صحيحة بدون إجازة؛ لأنَّه تطول مدُّته[1]، فيشقُّ استدراكها[2]، وفي القضاء ببطلانها ضرر عليه، وعلى المالك بتفويته الرِّبح، وهي طريقة صاحب «التَّلخيص»، والصِّحَّة عنده مختصَّة بالتَّصرُّف الكثير، وأشار إليه صاحب «المغني» أيضًا، وأنَّ ما لم يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصحُّ التَّصرُّف فيه بدون إجازة لهذا المعنى.

ومن الأصحاب من نزَّله على أنَّ الغاصب اشترى في ذمَّته، ثمَّ نقد الثَّمن، وهي طريقة القاضي في بعض كتبه، وابن عقيل في موضع آخر.

ويشهد لهذا: أنَّ المروذيَّ نقل عن أحمد: التَّفرقة بين الشِّراء بعين الغصب والشِّراء في الذِّمَّة؛ فتنزَّلُ نصوصه المطلقة على هذا المقيَّد، وإنَّما كان الرِّبح للمالك مع أنَّ الشِّراء[3] وقع للغاصب؛ لأنَّه نتيجة ملك المغصوب منه وفائدته؛ فهو كالمتولِّد من عينه.

= (١/ ٤١٥): (نقل أبو طالب وعلي بن سعيد: إذا اتجر في الوديعة بغير إذن مالكها فربح فيها؛ فالربح لصاحب الوديعة. ونقل حنبل: لا يكون الربح لأحدهما بل يتصدقان به).

وفي الفروع (٧/ ٢٤٧): (لو اتجر بالنقد فربحه لربه، نقله الجماعة).

(١) قوله: (لأنه تطول مدُّته) هو في (ب): لأن مدَّته تطول.

(٢) في (ب): استدراكهما.

(٣) زاد في (ب): للمالك.

ويحتمل أن يخرَّج ذلك: على رواية عدم تعيين النُّقود بالتَّعيين[١] في العقد؛ فيبقى كالشِّراء في الذِّمَّة سواء.

ومنها: إذا بان النَّقد المعيَّن[٢] مَعيبًا؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يكون عيبه[٣] من غير جنسه؛ فيبطل العقد من أصله، نصَّ عليه[٤]، وذكره الخرقيُّ والأصحاب، وعلَّلوه: بأنَّه زال عنه اسم الدِّينار والدِّرهم بذلك؛ فلم يصحَّ العقد عليه، كما لو عقد على شاة فبانت حمارًا.

وأومأ إليه أحمد في رواية الميمونيِّ؛ فقال: إن كان ذهبًا؛ حُمل عليه مِسَنٌّ ودخل فيه شيء من الفضَّة والنُّحاس[٥]، أو خالطه غيره؛ فقد زال عنه اسم الذَّهب لمَا دخل فيه.

وهذا متوجِّه إذا كان كلُّه أو غالبه كذلك، أمَّا[٦] إن كان فيه[٧] يسير من غير جنسه؛ فلا يزول عنه الاسم بالكليَّة؛ فلا ينبغي بطلان العقد ههنا بالكليَّة، وهذا ظاهر كلام أبي محمَّد التَّميميِّ في «خصاله».

---

(١) في (أ): تعين النقود بالتعين.
(٢) قوله: (المعيَّن) سقط من (ب).
(٣) في (ب): عينه.
(٤) ينظر: المغني (٤/ ٣٣).
(٥) في (ب): أو النُّحاس.
(٦) في (ب): وأمَّا.
(٧) قوله: (فيه) سقط من (ب).

ويحتمل: أن يبطل العقد ههنا لمعنى آخر، وهو أنَّ البائع لا يمكن إجباره على قبول هذا، وإنَّما باع بدينار كامل، والمشتري لا يجبر على دفع بقيَّة الدِّينار؛ لأنَّه إنَّما اشترى بهذا الدِّينار المتعيِّن؛ فيبطل[١] العقد.

ويحتمل: أن يصحَّ البيع بما[٢] في الدِّينار من الذَّهب بقسطه من المبيع، ويبطل في الباقي[٣]، وللمشتري الخيار؛ لتبعُّض المبيع عليه[٤].

وأصل هذين الاحتمالين: الرِّوايتان فيما إذا باعه أرضًا معيَّنة على أنَّها عشرة أذرع فبانت تسعة.

ويحتمل: أن يصحَّ البيع كلُّه بدينار، ويلزم المشتري تتمة الدِّينار من غيره ذهبًا؛ لأنَّ العقد وقع على دينار كامل، فإذا بان دونه؛ وجب إتمامه؛ جمعًا بين مقصدي التَّعيين والتَّسمية.

وأصل هذا الوجه: ما نصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى سمنًا في ظرف، فوجد فيه رُبًّا[٥]: إن كان سمَّانًا عنده سمن؛ أعطاه بوزنه سمنًا، وإن لم يكن عنده سمن؛ أعطاه بقدر الرُّبِّ من الثَّمن[٦].

(١) في (ب): فبطل.

(٢) قوله: (بما) هو في (ب): في ما.

(٣) في (أ): الباقيين.

(٤) قال في الإنصاف (١٢/ ١١٢): (وهو قوي في النظر).

(٥) قال في لسان العرب (١/ ٤٠٥): (الرب: الطلاء الخاثر، وقيل: هو دبس كل ثمرة، وهو سلافة خثارتها بعد الاعتصار والطبخ... وقال ابن دريد: رب السمن والزيت: ثفله الأسود).

(٦) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٤٢).

وإنَّما فرَّق بين السمَّان وغيره؛ لأنَّ السمَّان شأنه بيع السمن؛ فكأنَّه باعه بمقدار الظَّرف سمنًا، وأمَّا غيره؛ فإنَّما باعه هذا الظَّرف المعيَّن، والنُّقود من جنس الأوَّل لا الثَّاني.

الحالة الثَّانية: أن يكون عيبها من جنسها، ولم ينقص وزنها؛ كالسَّواد في الفضَّة؛ فالبائع بالخيار بين الإمساك والفسخ، وليس له البدل؛ لتعيين النَّقد في العقد، ومتى أمسك؛ فله الأرش، إلَّا في صرفها بجنسها، صرَّح به الحلوانيُّ، وابنه، وصاحب[1] «المحرَّر»، وفي بعض نسخ الخرقيِّ ما يقتضيه.

وظاهر كلام أبي الخطَّاب خلافه.

فهذا كلُّه تفريع على رواية تعيين النُّقود.

فأمَّا على الأخرى: فلا يبطل العقد بحال، إلَّا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس؛ لفوات قبض المعقود عليه في المجلس، ولا فسخ بذلك، وإنَّما يثبت به البدل دون الأرش؛ لأنَّ الواجب في الذِّمَّة دون المعيَّن.

ومنها: إذا باعه سلعة بنقد معيَّن؛ فعلى المشهور: لا يجبر واحد منهما على البداءة بالتَّسليم[2]، بل ينصَّب عدل يَقبض منهما، ثمَّ يُقبضهما؛ لتعلُّق حقِّ كلٍّ منهما بعين معيَّنة؛ فهما سواء.

وعلى الرِّواية الأخرى: هو كما لو باعه بنقد في الذِّمَّة؛ فيجبر البائع

(١) في (أ): صاحب. بإسقاط الواو.

(٢) قوله: (على البداءة بالتَّسليم) هو في (ب): (على التَّسليم).

أوَّلًا على التَّسليم؛ لتعلُّق حقِّ المشتري بالعين دونه، ونصَّ عليه[(١)] أحمد في رواية ابن منصور[(٢)]، وتأوَّله القاضي على أنَّ البيع وقع على ثمن في الذِّمَّة.

ومنها[(٣)]: لو باع[(٤)] سلعة بنقد معيَّن، ثمَّ أتاه به فقال: هذا الثَّمن، وقد خرج مَعيبًا، وأنكر المشتري؛ ففيه طريقتان[(٥)]:

إحداهما[(٦)]: إن قلنا: النُّقود تتعيَّن بالتَّعيين؛ فالقول قول المشتري؛ لأنَّه يدَّعي عليه استحقاق الرَّدِّ، والأصل عدمه.

وإن قلنا: لا تتعيَّن، فوجهان:

أحدهما: القول قول المشتري أيضًا؛ لأنَّه أقبض في الظَّاهر ما عليه.

والثَّاني: قول القابض؛ لأنَّ الثَّمن في ذمَّته، والأصل اشتغالها به إلى أن يثبت براءتها منه، وهذه طريقة السَّامريِّ في «المستوعب».

---

(١) قوله: (عليه): سقط من (ب).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٢٤): قلت: قال الثوري: وإن كان عرضًا بدنانير أو دراهم، يكون عدلًا بينهما، لا يدفع إليه العَرْضَ حتى يزن له الدنانير، أو الدراهم. قال: (أما العرْض فيدفع إليه إذا كان بدراهم). قال إسحاق: كما قال سفيان، إلا أن يكون حاكم يأمر بدفع العَرْضِ أولًا، ثم يأمر ذا بدفع الدراهم.

(٣) قوله: (منها) سقط من (ب).

(٤) في (ب): باعه.

(٥) في (د) و(هـ) و(و): طريقان. وقوله: (ففيه طريقتان) هو في (ب): فيه ثلاث طرق.

(٦) في (ب): أحدها.

والطَّريقة الثَّانية: إن قلنا: النُّقود لا تتعيَّن؛ فالقول قول البائع وجهًا واحدًا؛ لأنَّه قد ثبت اشتغال ذمَّة المشتري بالثَّمن، ولم يثبت براءتها منه.

وإن قلنا: تتعيَّن؛ فوجهان مخرَّجان من الرِّوايتين فيما إذا ادَّعى كلٌّ من المتبايعين أنَّ العيب حدث عنده في السِّلعة:

أحدهما[(١)]: القول قول الدَّافع[(٢)]؛ لأنَّه يدَّعي سلامة العقد، والأصل معه[(٣)]، ويُدَّعى عليه ثبوت الفسخ، والأصل عدمه.

والثَّاني: قول القابض؛ لأنَّه ينكر[(٤)] التَّسليم المستحَقَّ[(٥)]، والأصل معه.

وهذه طريقة القاضي في بعض تعاليقه.

وجزم صاحبا «المغني» و«المحرَّر»: بأنَّ القول قول البائع إذا أنكر أن يكون المردود بالعيب هو المبيع، ولم يحكيا خلافًا، ولا فصَّلا بين أن يكون المبيع[(٦)] في الذِّمَّة أو معيَّنًا؛ نظرًا إلى أنَّه يدَّعي عليه[(٧)] استحقاق الرَّدِّ، والأصل عدمه.

وذكر الأصحاب مثل ذلك في مسائل الصَّرف.

---

(١) في (ب): أحدها.
(٢) في (ب): البائع.
(٣) في (ب): عدمه.
(٤) في (ب) و(د) و(هـ) و(و): منكر. وفي (ج): ينكره.
(٥) زاد في (ب): معه.
(٦) في (ب): البيع.
(٧) قوله: (عليه) سقط من (ب).

وفرَّق السَّامريُّ في «فروقه»: بين أن يكون المردود بعيب وقع عليه العقد معيَّنًا؛ فيكون القول قول البائع، وبين أن يكون في الذِّمَّة؛ فيكون القول قول المشتري؛ لما تقدَّم.

وهذا فيما إذا أنكر المدَّعى عليه العيبُ أنَّ ماله كان مَعيبًا.

أمَّا إن اعترف بالعيب بعد فسخ صاحبه، وأنكر أن يكون هو هذا المعيَّنَ؛ فالقول قول من هو في يده، صرَّح به في التَّفليس من «المغني»، معلِّلًا: بأنَّه ينكر(١) استحقاق ما ادَّعاه(٢) عليه الآخر، والأصل معه.

ويشهد له: أنَّ المبيع في مدَّة الخيار إذا ردَّه المشتري بالخيار، فأنكر البائع أن يكون هو المبيع؛ فالقول قول المشتري، حكاه ابن المنذر عن أحمد(٣)؛ لاتِّفاقهما على(٤) استحقاق الفسخ بالخيار، وبذلك وجَّهه صاحب «المغني».

وقد ينبني ذلك: على(٥) أنَّ المبيع بعد الفسخ بعيب ونحوه(٦) هل هو(٧) أمانة في يد المشتري، أو مضمون عليه؟ وفيه خلاف سبق

(١) في (ب): قبل. وفي (هـ): منكر. وسقط من (د).
(٢) في (ب): ما ادَّعى.
(٣) ينظر: المغني (٤/ ١٢٦).
(٤) في (أ): عن.
(٥) قوله: (ذلك على) هو في (ب): على ذلك.
(٦) قوله: (ونحوه) سقط من (أ) و(و) و(ن).
(٧) قوله: (هل هو) سقط من (ب).

ذكره[١]؛ فإنَّ الأمانات القول قول من هي في يده مع الاختلاف في عينها، وقد نصَّ عليه أحمد في الرَّهن.

وكذلك نصَّ في اختلاف المتبايعين في عين المبيع المعيَّن قبل قبضه[٢]؛ أنَّ القول قول البائع، وقد يكون مأخذه: أنَّه أمانة عنده.

ومن الأصحاب من علَّل: بأنَّ الأصل براءة ذمَّة البائع ممَّا يُدَّعى عليه؛ فهو كما لو أقرَّ بعين لرجل، ثمَّ أحضرها، فأنكر المقَرُّ له أن تكون هي المقَرَّ بها؛ فإنَّ القول قول المقِرِّ مع يمينه.

ومنها: لو كان عبد بين شريكين، قيمة نصيب كلٍّ منهما عشرة دنانير، فقال[٣] رجل - يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها - لأحدهما: أعتق نصيبك عنِّي على هذه الدَّنانير العشرة، ففعل؛ عَتَق نصيب المسؤول عن السَّائل.

وهل يسري عليه إلى حصَّة الآخر أم لا؟

إن قلنا: إنَّ النَّقود تتعيَّن بالتَّعيين؛ لم يَسْرِ؛ لأنَّ المسؤول ملكها عليه بالعقد، فلم يبق في ملك السَّائل شيء؛ فصار[٤] معسرًا.

وإن قلنا: لا تتعيَّن؛ سَرَى إلى حصَّة الشَّريك؛ كما لو اشترى ذلك

(١) ينظر: القاعدة (٤٣)، (١/ ٢٧٠).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٣٠٥٠): قلت: سئل سفيان عن رجل باع ثوبًا بشرط، وسمَّى الثمن، فجاء بثوب، فقال: هذا ثوبك. وقال صاحب الثوب: ليس هذا ثوبي: فالقول قول الذي جاء بالثوب. قال أحمد: (جيد).

(٣) في (أ): وقال.

(٤) في (أ): فبقي.

النِّصف[١] بثمن في الذِّمَّة؛ لأنَّه مالك لقيمة حصَّة الشَّريك الآخر[٢]، ذكره السَّامريُّ في «فروقه».

ويفيد هذا: أنَّ الدَّين المستغرق لا يمنع السِّراية.

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(و): النَّصيب.

(٢) قوله: (الآخر) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

[٧] العبد هل يملك بالتَّمليك أم لا؟

في المسألة روايتان عن أحمد:

أشهرهما عند الأصحاب: أنَّه لا يملك، وهو اختيار الخرقيِّ، وأبي بكر، والقاضي، والأكثرين.

والثَّانية: يملك، اختارها ابن شاقْلَا، وصحَّحها ابن عقيل وصاحب «المغني».

ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جدًّا[١]:

فمنها: لو ملَّك السَّيِّدُ عبدَه مالًا زكويًا:

فإن قلنا: لا يملكه؛ فزكاته على السَّيِّد؛ لأنَّه مِلْكُه.

وإن قلنا: يملكه؛ فلا زكاة على السَّيِّد[٢]؛ لانتفاء ملكه له، ولا على العبد؛ لأنَّ ملكه متزلزل[٣]، ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأقارب، ولا يَعتق عليه رَحِمُه بالشِّراء، هذا ما قال أكثر الأصحاب، منهم أبو بكر والقاضي، وهو ظاهر كلام الخرقيِّ، وفي كلام أحمد إيماء إليه.[٤]

---

(١) قوله: (جدًّا) سقط من (ب).

(٢) قوله: (لأنَّه ملكه. وإن قلنا: يملكه؛ فلا زكاة على السَّيِّد) سقط من (ب).

(٣) في (ب): مزلزل.

(٤) جاء في مسائل ابن منصور (٣/ ١١٢٥): قلت: في مال المملوك زكاة؟ قال: (أرجو أن لا يكون فيه زكاة. قال: حديث عمر، ونافع عن ابن عمر ﵄: ليس فيه زكاة، =

وحكى بعض الأصحاب رواية: بوجوب زكاته على العبد على القول: بأنَّه مِلكُه.

ومنهم من اشترط مع ذلك: إذن السَّيِّد؛ لقول أحمد: (يزكِّيه بإذن سيِّده)، وإنَّما مراده: أنَّ المال للسَّيِّد وزكاته عليه، والعبد كالوكيل والمودَع[1]؛ فلا يزكِّي بدون إذنه.

وعن ابن حامد: أنَّه ذكر احتمالًا بوجوب زكاته على السَّيِّد على كِلَا القولين؛ لأنَّه إمَّا ملك له، أو في حكم ملكه؛ لتمكُّنه من التَّصرُّف فيه؛ كسائر أمواله.

ومنها: إذا ملَّكه سيِّده عبدًا، وأهلَّ عليه هلال الفطر:

فإن قلنا: لا يملكه؛ ففطرته على السَّيِّد.

وإن قلنا: يملكه؛ فوجهان:

أحدهما: لا فطرة له على أحد، قاله القاضي وابن عقيل؛ اعتبارًا بزكاة المال؛ كما سبق.

والثَّاني: فطرته على السَّيِّد، صحَّحه صاحب «المغني»؛ لأنَّ نفقته على السَّيِّد؛ فكذلك فطرته.

ومنها: تكفيره بالمال في الحجِّ، والأيمان، والظِّهار، ونحوها، وفيه للأصحاب طرق:

إحداها: البناء على ملكه وعدمه، فإن قلنا: يملك؛ فله التَّكفير

= قال: أليس يتسرى العبدُ في ماله؟! هو ماله ما لم يأخذه منه سيده).

(١) قوله: (والمودع) سقط من (ب).

بالمال في الجملة، وإلَّا فلا، وهذه طريقة القاضي، وأبي الخطَّاب، وابن عقيل، وأكثر المتأخِّرين؛ لأنَّ التَّكفير بالمال يستدعي ملك المال، فإذا كان هذا غير قابل للملك بالكليَّة؛ ففرضه الصِّيام خاصَّة.

وعلى القول بالملك؛ فإنَّه يكفِّر بالإطعام.

وهل يكفِّر بالعتق؟ على روايتين؛ لأنَّ العتق يقتضي الولاء والولاية والإرث، وليس العبد من أهلها.

وهل يلزمه التَّكفير بالمال، أم[1] يجوز له مع إجزاء الصِّيام؟

المتوجِّه: أنَّه إن كان في ملكه مال، فأذن السَّيِّد له[2] بالتَّكفير منه؛ لزمه ذلك، وإن لم يكن في ملكه، بل أراد السَّيِّد أن يملكه ليكفِّر؛ لم يلزمه؛ كالحرِّ المعسر إذا بذل له مال.

وعلى هذا يتنزَّل ما ذكره صاحب «المغني» من لزوم التَّكفير بالمال في الحجِّ، ونفي اللُّزوم في الظِّهار.

الطَّريقة الثَّانية: أنَّ في تكفيره بالمال بإذن السَّيِّد روايتين مطلقتين، سواء قلنا: يملك أوْ لا يملك، حكاها القاضي في «المجرَّد» عن شيخه ابن حامد وغيره من الأصحاب، وهي طريقة أبي بكر.

فوَجْه عدم تكفيره بالمال مع القول بالملك: أنَّ ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة، ولذلك لم تجب فيه الزَّكاة ولا نفقة الأقارب؛ فكذلك الكفَّارات.

---

(١) في (ب): أو.

(٢) في (ب): له السيد.

ولوَجْه تكفيره بالمال مع القول بانتفاء ملكه مأخذان:

أحدهما: أنَّ تكفيره بالمال إنَّما هو تبرُّعٌ له من السَّيِّد، وإباحة له أن يكفِّر من ماله، والتَّكفير عن الغير لا يُشترط دخوله في ملك المكفَّر عنه[1]، كما نقول في روايةٍ في كفَّارة المجامع في رمضان إذا عجز عنها - وقلنا: لا تسقط[2] -، فكفَّر غيره عنه[3] بإذنه؛ جاز له[4] أن يدفعها إليه، وكذلك في سائر الكفَّارات على إحدى الرِّوايتين، ولو كانت قد دخلت في ملكه؛ لم يجز أن يأخذها هو؛ لأنَّه لا يكون حينئذٍ إخراجًا للكفَّارة.

والمأخذ الثَّاني: أنَّ العبد يثبت له ملك قاصر بحسب حاجته إليه، وإن لم يثبت له الملك المطلق التَّام؛ فيجوز أن يثبت له في المال المكفَّر به ملك يبيح له التَّكفير بالمال دون بيعه وهبته؛ كما أثبتنا له في الأمة ملكًا قاصرًا يبيح التَّسرِّي بها دون بيعها وهبتها على ما سنذكره، وهذا اختيار الشَّيخ تقيِّ الدِّين.

ووجه التَّفريق بين العتق والإطعام: أنَّ التَّكفير بالعتق يحتاج إلى ملك، بخلاف الإطعام، ذكره[5] ابن أبي موسى.

---

(١) قوله: (عنه) سقط من (ب).
(٢) في (ب): يسقط.
(٣) قوله: (عنه) سقط من (ب).
(٤) قوله: (له) سقط من (ب).
(٥) في (ب) و(د): وذكره.

ولهذا لو أَمَر مَن عليه كفَّارة[١] رجلًا أن يطعم عنه، ففعل؛ أجزأته، ولو أَمَر أن يُعتِق عنه؛ ففي إجزائه عنه[٢] روايتان.

ولو تبرَّع الوارث بالإطعام الواجب عن موروثه؛ صحَّ، ولو تبرَّع عنه بالعتق؛ لم يصحَّ.

ولو أعتق الأجنبيُّ عن كفَّارة الميِّت؛ لم يصحَّ، ولو أطعم عنه؛ فوجهان.

الطَّريقة الثَّالثة: أنَّه لا يجزئه[٣] التَّكفير بغير الصِّيام بحال على كلا الرِّوايتين[٤]، وهي ظاهر كلام أبي الخطَّاب في كتاب الظِّهار، وصاحب «التَّلخيص»، وغيرهما؛ لأنَّ العبد وإن قلنا: إنَّه[٥] يملك؛ فإنَّ ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق؛ فلا يكون مخاطَبًا بالتَّكفير بالمال بالكليَّة؛ فلا يكون فرضه غير الصِّيام بالأصالة، بخلاف الحرِّ العاجز؛ فإنَّه قابل للتَّملُّك.

ومن ههنا - والله أعلم - قال الخرقيُّ في العبد إذا حَنِث ثمَّ عَتَق: إنَّه لا يجزئه التَّكفير بغير الصَّوم، بخلاف الحرِّ المعسر إذا حنِث ثمَّ أيسر.

(١) في (ب): الكفَّارة.
(٢) قوله: (عنه) سقط من (ب).
(٣) في (ب): يجزئ.
(٤) في (ب): الطَّريقين.
(٥) قوله: (إنه) سقط من (ب).

وقال أيضًا في العبد إذا فاته الحجُّ: إنَّه يصوم عن كلِّ مدٍّ من قيمة الشَّاة يومًا.

وقال في الحرِّ المعسر: إنَّه يصوم في الإحصار صيام المتمتِّع[١].

والفرق بينهما: أنَّ العبد ليس من أهل الملك القابل لتعلُّق الواجبات به؛ فيتعلَّق به وجوب الصِّيام بالأصالة، وفدية الفوات والإحصار لم يرد فيها نصٌّ بغير الهدي؛ فأوجبنا على العبد صيامًا يقوم مقام الهدي، ويتعدَّل بقيمة الشَّاة، كما وجب في جزاء الصَّيد؛ لأنَّ هذا صيام واجب بالأصالة، ليس بدلًا عن الهدي، وهو معدل[٢] بالهدي، وشبيه به[٣]؛ فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحرِّ[٤] المعسر، فإنَّ الواجب في ذمَّته بالأصالة هو الهدي، فإذا عجز عنه؛ انتقل إلى البدل الَّذي شُرِع للهدي، وهو صيام المتعة.

ومنها: إذا باع عبدًا وله مال، وفيه[٥] للأصحاب طرق:

إحداها[٦]: البناء على ملك العبد وعدمه:

فإن قلنا: يملك؛ لم تشترط[٧] معرفة المال، ولا سائر شرائط البيع

(١) في (ب): التَّمتُّع.
(٢) في (ب): يعدل.
(٣) قوله: (وشبيه به) سقط من (ب).
(٤) قوله: (الحرِّ) سقط من (ب).
(٥) في (أ): ففيه.
(٦) في (ب): أحدها.
(٧) في (ب): يشترط.

فيه؛ لأنَّه غير داخل في العقد، وإنَّما اشترط تبقيته على ملك العبد؛ ليكون عبدًا ذا مال، وذلك صفة في العبد لا يفرد بالمعاوضة، وهو كبيع المكاتب الَّذي له مال.

وإن قلنا: لا[١] يملك؛ اشترط لماله معرفته[٢]، وأن يبيعه بغير جنس المال، أو بجنسه بشرط أن يكون الثَّمن أكثر على رواية، ويشترط التَّقابض؛ لأنَّ المال حينئذ داخل في عقد البيع.

وهذه طريقة القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل، وأبي الخطَّاب في «انتصاره»[٣]، وغيرهم.

والطَّريقة الثَّانية: اعتبار قصد المال وعدمه لا غير، فإن كان المال مقصودًا للمشتري؛ اشترط علمه وسائر شروط البيع، وإن كان غير مقصود له[٤]، بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع به وحده؛ لم يشترط ذلك؛ لأنَّه تابع غير مقصود.

وهذه الطَّريقة هي المنصوصة عن أحمد، واختيار أكثر أصحابه؛ كالخرقيِّ، وأبي بكر، والقاضي في «خلافه»، وكلامه ظاهر في الصِّحَّة، وإن قلنا: إنَّ العبد لا يملك.

وترجع المسألة على هذه الطَّريقة: إلى بيع ربوي بغير جنسه، ومعه

(١) قوله: (لا) سقطت من (أ).
(٢) في (ب): معرفة.
(٣) قوله: (في انتصاره) هو في (أ): وانتصاره.
(٤) قوله: (له) سقط من (ب).

من جنسه ما هو غير مقصود، وقد استوفينا الكلام عليها في القواعد[(١)]، ورجَّح صاحب «المغني» هذه الطَّريقة.

والطَّريقة الثَّالثة: الجمع بين الطَّريقتين، وهي طريقة القاضي في «الجامع الكبير» وصاحب «المحرَّر»، ومضمونها: أنَّا إن قلنا: العبد يملك؛ لم يشترط لماله شروط البيع بحال، وإن قلنا: لا يملك؛ فإن كان المال مقصودًا للمشتري؛ اشترط له[(٢)] شرائط البيع، وإن كان غير مقصود له؛ لم يشترط له ذلك.[(٣)]

ومنها: إذا أذن المسلم لعبده الذِّميِّ أن يشتري[(٤)] بماله عبدًا مسلمًا، فاشتراه:

فإن قلنا: يملك؛ لم يصحَّ شراؤه له.

وإن قلنا: لا يملك؛ صحَّ، وكان ملكًا[(٥)] للسَّيِّد، قال الشَّيخ مجد الدِّين: هذا قياس المذهب عندي.

قلت: ويتخرَّج فيه وجه آخر: لا يصحُّ على القولين؛ بناء على أحد الوجهين: أنَّه لا يصحُّ شراء الذِّميِّ لمسلم بالوكالة.

ولو كان بالعكس؛ بأن أذن[(٦)] الكافر لعبده المسلم الَّذي يثبت ملكه

---

(١) ينظر: القاعدة (١١٣).

(٢) في (ب): فيه.

(٣) قوله: (له) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و). وقوله: (ذلك) سقط من (د).

(٤) في (ب): يشتري له.

(٥) في (ب): مملوكًا.

(٦) في (ب): بأن يأذن. في (د) و(و): فإن أذن.

عليه أن يشتري بماله رقيقًا مسلمًا، فإن قلنا: يملك؛ صحَّ وكان العبد له، وإن قلنا: لا يملك؛ لم يصحَّ[(١)].

ومنها: تسرِّي العبد، وفيه طريقان:

إحداهما: بناؤه على الخلاف في ملكه، فإن قلنا: يملك؛ جاز تسرِّيه، وإلَّا فلا؛ لأنَّ الوطء بغير نكاح ولا ملكِ يمينٍ محرَّم بنصِّ الكتاب والسُّنَّة، وهي طريقة القاضي والأصحاب بعده.

والثَّانية: يجوز تسرِّيه على كلا الرِّوايتين، وهي طريقة الخرقيِّ، وأبي بكر، وابن أبي موسى، ورجَّحها صاحب «المغني»، وهي أصحُّ؛ فإنَّ نصوص أحمد لا تختلف في إباحة التَّسرِّي له؛ فتارة علَّل: بأنَّه يملك، وتارة اعترف بأنَّه خلاف القياس، وأنَّه جاز لإجماع الصَّحابة عليه[(٢)]، وهذا يقتضي أنَّه أجاز له التَّسرِّي وإن قيل: إنَّه لا يملك؛ اتِّباعا للصَّحابة في ذلك.

ووجهه: أنَّ العبد - وإن قيل: إنَّه لا يملك -؛ فلا بدَّ من أن يثبت له ملك ما يحتاج إلى الانتفاع به، ولذلك يملك عقد النِّكاح، وهو ملك لمنفعة البضع؛ فكذلك يملك التَّسرِّي، ويثبت له هذا الملك الخاصُّ لحاجته إليه.

---

(١) قوله: (وإن قلنا: لا يملك؛ لم يصحَّ) هو في (ب): وإلَّا لم يصحَّ.

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٨٦): (ولنا: قول ابن عمر وابن عباس، ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفًا، روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر: أنه كان لا يرى بأسًا أن يتسرى العبد. ونحوه عن ابن عباس).

ولا يجوز تسرِّيه بدون إذن، نصَّ عليه في رواية جماعة[(١)]؛ كنكاحه، ولأنَّه لا يملك التَّصرُّف في ماله بما[(٢)] يتلف ماليَّته، ويضرُّ به[(٣)]؛ لتعلُّق حقِّ السَّيِّد به[(٤)]، والتَّسرِّي فيه إضرار بالجارية، وتنقيص لماليَّتها بالوطء والحمل، وربَّما أدَّى إلى تلفها.

ونقل عنه أبو طالب وإبراهيم بن هانئ: (يتسرَّى العبد في ماله، كان ابن عمر يتسرَّى عبيدُه في ماله؛ فلا يَعيب عليهم[(٥)])[(٦)].

قال القاضي فيما علَّقه على حواشي «الجامع» للخلَّال: (ظاهر هذا: أنَّه يجوز تسرِّيه بدون[(٧)] إذن؛ لأنَّه مالك له) انتهى.

ويمكن أن يُحمل نصُّه باشتراط الإذن على التَّسرِّي من مال سيِّده: إذا كان مأذونًا له، ونصُّه بعدم اشتراطه: على تسرِّيه في مال نفسه الَّذي يملكه، وقد أومأ إلى هذا في رواية جماعة، وهو الأظهر.

---

(١) ينظر: مسائل أبي داود (ص ٢٣٤)، ومسائل ابن منصور (٤/ ١٨٩٤)، وقال في المغني (٧/ ٨٨): (نقل محمد بن ماهان عن أحمد: لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده، فإن رجع السيد؛ فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانئ، ويعقوب بن بختان، ولم أر عنه خلاف هذا).

(٢) قوله: (بما) سقط من (ب).

(٣) قوله: (ويضرُّ به) هو في (ب): وتصرُّفه.

(٤) قوله: (به) سقط من (أ).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٢٨٣٦)، وابن أبي شيبة (١٦٢٨٠).

(٦) جاء نحو هذه الرواية في مسائل ابن منصور (٣/ ١١٢٥): قلت: في مال المملوك زكاة؟ قال: (أرجو ألَّا يكون فيه زكاة. قال: حديث عمر، ونافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ليس فيه زكاة، قال: أليس يتسرى العبدُ في ماله، هو ماله ما لم يأخذه منه سيده).

(٧) في (ب): من غير.

ونقل عنه الأثرم[١] في الرَّجل يهب لعبده جارية: (لا يَطَأْها، ولكنَّه[٢] يتسرَّى في ماله إذا أذن له سيِّده)، وفسَّر ماله بمال العبد الَّذي في يديه، وهذا نصٌّ باعتبار[٣] الإذن في التَّسرِّي من مال نفسه.

وتفريقه بين ذلك، وبين الأمة الَّتي يُملِّكه السَّيِّد فيه إشكال، ولعلَّه مَنَع الوطء بدون إذن السَّيِّد؛ فيكون ذلك منه اشتراطًا لإذن السَّيِّد بكلِّ حال.

واعلم أنَّ الإمام أحمد متردِّد في تسرِّي العبد بأمة سيِّده ونكاحه لها[٤]؛ هل هما جنس واحد أم لا؟

فقال في رواية حنبل: (لا يبيع أمته المزوَّجة بعبده حتَّى يطلِّقها العبد)، فجعله تمليكًا لازمًا.

ونقل عنه الأكثرون: جوازه.

واختلف عنه في بيع سُرِّيَّة عبده؛ فنقل عنه الميمونيُّ: الجواز.

ونقل عنه جعفر بن محمَّد: المنع، معلِّلًا: بأنَّ التَّسرِّي بمنزلة النِّكاح، يريد: أنَّه لازم، لا يجوز الرُّجوع فيه، وكذا نقل عنه ابن ماهان[٥] وغيره.

واختُلِف عنه في جواز تسرِّي العبد بأكثر من أمتين: فنقل عنه الميمونيُّ الجواز، وأبو الحارث المنع؛ كالنِّكاح.

---

(١) فقوله: (عنه الأثرم) هو في (ب): الأثرم عنه.

(٢) في (ب): لكنَّه.

(٣) قوله: (الَّذي في يديه، وهذا نصٌّ باعتبار) هو في (ب): وهذا هو.

(٤) قوله: (لها) سقط من (ب).

(٥) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٨٩٤)، والمغني (٧/ ٨٨).

ولم يختلف عنه: في أنَّ عتقَ العبدِ وسُرِّيَّتِه يوجب تحريمها عليه؛ لزوال ملكه عنها، ونقله عن ابن عمر[(١)].

واختلف عنه في عتق العبد وزوجته[(٢)]؛ هل ينفسخ به النِّكاح؟ على روايتين، بناء على تغليب جهة التَّمليك فيه أو جهة النِّكاح.

وقد استشكل أكثرَ هذه النُّصوص القاضي، وربَّما تأوَّلها، ونزَّلها على ما ذكرنا الشَّيخ تقيُّ الدِّين.

وهذه المسائل المذكورة منصوصة عن السَّلف حكمًا وتعليلًا كما ذكرنا.

وكذلك قال الشَّيخ مجد الدِّين: (ظاهر كلام أحمد إباحة تسرِّي العبد[(٣)] وإن قلنا: لا يملك؛ فيكون نكاحًا عنده)، وحمل قول أبي بكر على مثل ذلك.

وعلى هذا: فهل يشترط لنكاحه[(٤)] الإشهاد؟ كلام[(٥)] أحمد يقتضي استحبابه لا غير.

وفي ثبوت المهر به خلاف معروف.

---

(١) ينظر: المغني (٧/ ١٩٤).
وأثر ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه عبد الرزاق (١٢٨٤٥) عن نافع، أن ابن عمر رضي الله عنهما كان لا يرى به بأسًا، وأنه أعتق غلامًا له سُرِّيَّتان، أعتقهما جميعًا، وقال: «لا تقربهما إلا بنكاح».

(٢) في (ب): زوجيته.

(٣) قوله: (تسرِّي العبد) هو في (ب) و(هـ) و(و): التَّسرِّي للعبد.

(٤) في (ب) و(هـ): له. وقوله: (لنكاحه) سقط من (ج) و(د).

(٥) في (ب): وكلام.

ومنها: لو باع السَّيِّد عبدَه إلى[١] نفسِه بمال في يده؛ فهل يَعتِقُ أم لا؟

المنصوص عن أحمد: أنَّه يعتق بذلك، وذكره الخرقيُّ مع قوله: إنَّ العبد لا يملك، ونزَّله القاضي على القول بالملك؛ فيكون دخول السَّيِّد مع عبده في بيعه[٢] نفسَه بماله إقرارًا له على ملكه؛ فيصحُّ بيعه ويعتق.

وإن قلنا: لا يملك؛ لم يصحَّ بيعه؛ فلا يعتق.

ويحتمل أن يقال: بيعه نفسَه هنا كناية عن عتقه؛ فيَعتِقُ به بكلِّ حال، ولهذا قال الأصحاب: إنَّ[٣] بيع السَّيِّد عبدَه نفسَه بمال؛ تعليقٌ لعتقه على التزامه؛ فيَعتِقُ على ملك السَّيِّد؛ فيكون ههنا تعليقًا على إيتاء[٤] هذا المال؛ فيَعتِقُ به.

أمَّا إن دفع العبد مالًا إلى رجل ليشتريه به من سيِّده، ففعل، وأعتقه المشتري؛ فهل يصحُّ العقد ويَعتِقُ؟

إن اشتراه الرَّجل في الذِّمَّة، ثمَّ نقد المال؛ صحَّ وعَتَق.

وإن اشتراه بعين المال؛ انبنى على الرِّوايتين في تعيين النُّقود بالتَّعيين على ما سبق.

والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله، وأبي الحارث، وأبي

---

(١) قوله: (إلى) سقط من (ب).

(٢) في (ب): بيع.

(٣) في (ب): بأنَّ.

(٤) في (ب): إيفاء.

داود[(١)]: البطلان، معلِّلًا بما ذكرنا، وذكره الخرقيُّ.

والفرق بين هذه والَّتي قبلها: أنَّ السَّيِّد لم يعلم ههنا أنَّها ماله؛ فلا يكون إقرارًا لها على ملك العبد.

ونصَّ في رواية مهنَّى وحنبل: على أنَّه يَعتِقُ، ويغرَّم المشتري الثَّمن.

وهذا قد يتنزَّل على القول: بأنَّ النُّقود لا تتعيَّن، وقد يتنزَّل مع القول بالتَّعيين على أنَّه عقد فاسد مختلف فيه؛ فينفذ فيه العتق؛ كما ينفذ[(٢)] الطَّلاق في النِّكاح المختلف فيه، وهو أحد الوجهين في العتق[(٣)] للأصحاب.

وكذلك[(٤)] نقل مهنَّى عنه: في عبد دفع إلى رجل ألف درهم من مال رجل آخر، فاشتراه بها من سيِّده، فأعتقه[(٥)]: أنَّه يرجع[(٦)] صاحب المال بماله، فإن استُهلك؛ كان دينًا على العبد، ويَعتِق العبد.

وحمل القاضي في موضع من «المجرَّد»، - وتبعه ابن عقيل - المسألةَ على أنَّ العبد وكَّل الرَّجل في شراء نفسه من سيِّده[(٧)]؛ فيكون

---

(١) ينظر: مسائل عبد الله (ص ٣٩٩)، ومسائل أبي داود (ص ٢٨٢). وقوله: (وأبي داود) سقط من (أ).
(٢) في (ب): نفذ.
(٣) قوله: (في العتق) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(و).
(٤) في (أ): وكذا.
(٥) في (ج) و(د) و(و): أعتقه. وفي(ب) و(ن): وأعتقه.
(٦) زاد في (ب): على.
(٧) قوله: (من سيِّده) سقط من (ب).

المشتري وكيلًا للعبد، وتكون وكالة صحيحة.

قال الشَّيخ مجد الدِّين: فعلى هذا يكون قد عتق في الباطن في الحال، ويلزم المشتريَ الثَّمنُ[1]، ويرجع به على العبد.

وقال أيضًا في موضع آخر: هذا فيه إشكال؛ لأنَّ العبد عندنا لا يصحُّ أن يشتري من سيِّده شيئًا بنفسه؛ فكيف يصحُّ توكيله فيه؟! ولهذا قال أحمد: (لا ربا بين العبد وسيِّده).

قال: ويحتمل أن يصحَّ ذلك بناء على أنَّ العبد يملك، ويُلْتَزم عليه جريان الرِّبا بينهما.

قال: ويحتمل أن تكون هذه المسألة غلطًا في كتابيهما - أعني[2]: القاضي وابن عقيل -، وأنَّ الصَّواب في ذلك أن يقال: إذا وكَّل رجلٌ العبدَ في شراء نفسه من سيِّده.

ومنها: إذا أعتق السَّيِّدُ عبدَه وله مال؛ فهل يستقرُّ ملكه للعبد، أم يكون للسَّيِّد؟ على روايتين.

فمنهم من بناهما على القول بالملك وعدمه، فإن قلنا: يملكه؛ استقرَّ ملكه عليه بالعتق، وإلَّا فلا، وهي طريقة أبي بكر، والقاضي في «خلافه»، وصاحب «المحرَّر».

ومنهم من جعل الرِّوايتين على القول بالملك.

ومنها: لو اشترى العبدُ زوجتَه الأمةَ بماله، فإن قلنا: يملك؛ انفسخ

(١) في (ب): المثمن.

(٢) في (ب): يعني.

نكاحه، وإن قلنا: لا يملك؛ لم ينفسخ.

ومنها: لو ملَّكه سيِّده أمةً، فاستولدها:

فإن قلنا: لا يملك؛ فالولد ملك للسَّيِّد.

وإن قلنا: يملك؛ فالولد مملوك للعبد، لكنَّه لا يَعتِقُ عليه حتَّى يعتق، فإذا عَتَق ولم يَنْزِعْه سيِّده منه قبل عتقه؛ عَتَق عليه؛ لتمام ملكه حينئذٍ، ذكره القاضي في «المجرَّد».

ومنها: هل ينفذ تصرُّف السَّيِّد في مال العبد بدون استرجاعه؟

إن قلنا: العبد لا يملك؛ صحَّ بغير إشكال.

وإن قلنا: يملك؛ فظاهر كلام أحمد: أنَّه ينفذ عتق السَّيِّد لرقيق عبده.

قال القاضي في «الجامع الكبير»: (فيحتمل أن يكون رجع فيه قبل عتقه)، قال: (وإن حمل على ظاهره؛ فلأنَّ عتقه يتضمن الرُّجوع في التَّمليك).

ومنها: الوقف على العبد؛ فنصَّ أحمد على أنَّه لا يصحُّ؟

فقيل: إنَّ ذلك مفرَّع[١] على القول: بأنَّه لا يملك، فأمَّا إن قيل: إنَّه يملك؛ صحَّ الوقف عليه؛ كالمكاتب في أظهر الوجهين.

والأكثرون: على أنَّه لا يصحُّ الوقف عليه على الرِّوايتين؛ لضعف ملكه.

ومنها: وصيَّة السَّيِّد لعبده بشيء من ماله؛ فإن كان بجزء مشاع

---

(١) في (ب) و(و) و(ن): يتفرَّع.

منه[(١)]؛ صحَّ، وعَتَق من العبد بنسبة ذلك الجزء؛ لدخوله في عموم المال، وكُمِّلَ عتقُه من بقيَّة الوصيَّة، نصَّ عليه.

فقيل: لأنَّ الوصية إنَّما صحَّت لعتقه؛ فتقديم العتق أهمُّ وأنفع له.

وقيل: بل الجزء الشَّائع الموصى به غير متعيِّن؛ فعُيِّن في العبد؛ تصحيحًا للوصيَّة مهما أمكن.

ويحتمل أن يقال: مَلَك بالوصيَّة جزءًا مشاعًا من نفسه؛ فعَتَق عليه، ومَلَك به بقيَّة الوصيَّة، فصار موسرًا؛ فسرى العتق إلى الباقي مضمونًا بالسِّراية من بقيَّة الوصيَّة؛ إذ لا مال له سواها؛ كَمَنْ مَلَكَ بعضَ ذي رحم محرم[(٢)] منه بفعله، وأولى.

وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين صريحًا[(٣)]، وهو حسن، وفي كلام أبي الحسن التَّميميِّ ما يشعر به أيضًا.

وخرَّج بعضهم: أنَّه يعتق منه بنسبة الوصيَّة من المال؛ فيسري العتق إلى جميعه إذا احتمله الثُّلث؛ بناء على القول بالسِّراية بالوصيَّة بعد الموت، وتكمَّل له بقيَّة الوصيَّة من المال إن حمل الثُّلث ذلك.

وإن كانت الوصيَّة بجزء معيَّن أو مقدَّر؛ ففي صحَّة الوصيَّة روايتان؛

---

(١) قوله: (منه) سقط من (ب).

(٢) قوله: (محرم) سقط من (أ).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة (٣١٠١٧) عن أشعث، عن الحسن وابن سيرين قالا في رجل أوصى لعبده بالثلث: «ذلك من رقبته، فإن كان الثلث أكثر من ثمنه؛ عتق، ودُفع إليه ما بقي، وإن كان أقل من ثمنه؛ عتق، وسعى لهم فيما بقي، وإن أوصى لهم بدراهم؛ فإن شاء الورثة أجازوا، وإن شاؤوا لم يجيزوا».

أشهرهما: عدم الصِّحَّة؛ فمن الأصحاب من بناهما على أنَّ العبد هل يملك أو[1] لا؟ وأشار إلى ذلك أحمد في رواية صالح، وهذه طريقة ابن أبي موسى، والشِّيرازيِّ، وابن عقيل، وغيرهم.

ومنهم من حمل الصِّحَّة على أنَّ الوصيَّة بقدر المعيَّن أو المقدَّر من التَّركة لا بعينه؛ فيعود إلى الجزء المشاع، وهو بعيد جدًّا.

ومنها: لو غزا العبد على فرس ملَّكه إيَّاها سيِّده:

فإن قلنا: يملكها؛ لم يسهم لها؛ لأنَّ الفرس تبع لمالكها، فإذا كان مالكها من أهل الرَّضخ؛ فكذلك فرسه.

وإن قلنا: لا يملكها؛ أُسِهم لها؛ لأنَّها لسيِّده.

كذا قال الأصحاب، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن الحكم: أنَّه يسهم لفرس العبد، وتوقَّف مرَّة أخرى وقال: (لا يسهم لها، يُحذى).

ونقل عنه أبو طالب: (إذا غزا العبد مع سيِّده ومعه فرسان، ومع سيِّده فرسان؛ يسهم لفرسي السَّيِّد، ولا يسهم لفرسي العبد؛ لأنَّ الكلَّ للسَّيِّد، ولا يسهم لأكثر من فرسين).

تنبيه: الخلاف في ملك العبد بالتَّمليك؛ هل هو مختصٌّ بتمليك سيِّده أم لا؟

قال[2] صاحب «التَّلخيص»: هو مختصٌّ به؛ فلا يملك من غير جهته.

---

(١) في (ب): أم.

(٢) في (ب): وقال.

وكلام الأكثرين يدلُّ على خلافه.

ويتفرَّع على ذلك مسائل:

منها: ملكه لِلُّقطة[(١)] بعد الحول؛ قال طائفة من الأصحاب: ينبني على روايتي الملك وعدمه؛ جعلًا لتمليك الشَّارع كتمليك السَّيِّد.

وظاهر كلام ابن أبي موسى: أنَّه يملك اللُّقطة، وإن لم يملك بتمليك سيِّده؛ لأنَّه تمليكٌ شرعيٌّ ثبت[(٢)] قهرًا، فيثبت له حكمًا، وفارق الميراث؛ لأنَّ العبد ليس من أهله؛ لانقطاع نصرته[(٣)]، وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال.

وعند صاحب «التَّلخيص»: لا يملكها بغير خلاف.

وكذلك في «الهداية» و«المغني»: أنَّها ملك لسيِّده.

ومنها: حيازته للمباحات؛ من احتطاب، أو احتشاش، أو اصطياد، أو معدن، أو غير ذلك؛ فمن الأصحاب من قال: هو ملك لسيِّده دونه رواية واحدة؛ كالقاضي وابن عقيل؛ لأنَّ جوارح العبد ومنافعه ملك لسيِّده[(٤)]؛ فهي كيد نفسه؛ فالحاصل في يد عبده كالحاصل في يده حكمًا.

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): اللُّقطة.

(٢) في (ب) و(هـ): يثبت.

(٣) في (ج): تصرُّفه.

(٤) في (ب): للسَّيِّد.

نعم، لو أذن له السَّيِّد[١] في ذلك؛ فهو كتمليكه إيَّاه، ذكره القاضي وغيره.

وخرَّج طائفةٌ المسألة على الخلاف في ملك العبد وعدمه؛ منهم الشَّيخ مجد الدِّين، وقاسه على اللُّقطة، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر.

ومنها: إذا وُصِّي[٢] للعبد أو وُهب له، وقَبِله بإذن سيِّده أو بدونه إذا أجزنا[٣] له ذلك على المنصوص؛ فالمال للسَّيِّد، نصَّ عليه في رواية حنبل، وذكره القاضي وغيره.

وبناه ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد.

ومنها: لو خالع العبد زوجته بعوض؛ فهو للسَّيِّد، ذكره الخرقيُّ.

وظاهر كلام ابن عقيل: بناؤه على الخلاف في ملك العبد، ويعضده: أنَّ العبد هنا يملك البُضع؛ فمَلَك عوضه بالخلع؛ لأنَّ من مَلَك شيئًا ملك عوضه.

فأمَّا مهر الأمة؛ فهو للسَّيِّد بغير خلاف؛ لأنَّه عوض عن ملك السَّيِّد - وهو منفعة البضع -؛ فيكون ملكًا[٤]؛ كأجرة العبد له، بخلاف ما تقدَّم؛ فإنَّه ليس عوضًا عن ملكه.

---

(١) قوله: (له السَّيِّد) هو في (ب): السَّيِّد له.
(٢) في (أ): أوصى.
(٣) قوله: (إذا أجزنا) هو في (ب): وأجزنا.
(٤) في (ب): تملكًا. وفي (و): ملكًا. وزاد في (ج) و(د) و(هـ) و(و): له. وفي (ن): مالكًا.

[٨] المضارب؛ هل يملك الرِّبح بالظُّهور أم لا؟

ذكر[١] أبو الخطَّاب: أنَّه يملكه[٢] بالظُّهور رواية واحدة.

وقال الأكثرون: في المسألة روايتان:

إحداهما: يملكه بالظُّهور، وهي المذهب المشهور.

والرِّواية الثَّانية: لا يملكه[٣] بدون القسمة، ونصرها القاضي في «خلافه» في المضاربة.

ويستقرُّ الملك[٤] بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه، ولا يستقرُّ بدونها.

ومن الأصحاب من قال: يستقرُّ بالمحاسبة التَّامَّة؛ كابن أبي موسى وغيره، وبذلك جزم أبو بكر عبد العزيز، وهو المنصوص صريحًا عن أحمد.[٥]

ولهذا الاختلاف فوائد:

---

(١) في (ب): وذكر.

(٢) في (ب): يملك.

(٣) في (ب) و(ج): يملك.

(٤) زاد في (ب): فيها.

(٥) ينظر: مسائل ابن منصور (٣/ ١٠٩٢)، المغني (٣/ ٦٥).

منها[١]: انعقاد الحول على حصَّة المضارب من الرِّبح قبل القسمة.

فإن قيل: لا يملك بدونها؛ فلا انعقاد قبلها.

وإن قيل: يملك بمجرَّد الظُّهور؛ فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها، أم لا ينعقد بدون الاستقرار؟ فيه للأصحاب طرق:

إحداها[٢]: لا ينعقد الحول عليها قبل الاستقرار بحال من غير خلاف، وهي طريقة القاضي في «المجرَّد» و«الخلاف» ومن اتَّبعه، وكذلك طريقة أبي بكر وابن أبي موسى، إلَّا أنَّ القاضي عنده الاستقرار: بالقسمة، وعندهما: بالمحاسبة التَّامَّة؛ فينعقد الحول عندهما بالمحاسبة، وهو المنصوص عن أحمد رحمه الله في رواية صالح وابن منصور وحنبل[٣].

والطَّريقة الثَّانية: إن قلنا: يملكه بالظُّهور؛ انعقد عليه الحول من حينه، وإلَّا فلا، وهي طريقة القاضي في موضع من «الجامع الصَّغير»، وأبي الخطَّاب.

---

(١) في (أ) و(و) و(د): فمنها.

(٢) في (ب): أحدها.

(٣) جاء في مسائل ابن منصور (٣/ ١٠٩٢): قلت: سئل سفيان عن رجل أخذ مالًا مضاربة، فربح فيه، أيؤدي زكاته، أو ينتظر حتى يؤدي إلى صاحب المال ماله؟ قال: بل ينتظر حتى يؤدي إلى صاحبه؛ لأنه لم يسلم له بعد.
قال أحمد: (إن كان احتسبا؛ زكى المضارب إذا حال عليه الحول من يوم احتسبا؛ لأنه علم ماله في المال؛ لأنه إن وضع بعد ذلك كانت الوضيعة على صاحب المال).

والطَّريقة الثَّالثة: إن قلنا: لا يثبت الملك قبل الاستقرار؛ لم ينعقد الحول، وإن قلنا: يثبت بدونه؛ فهل ينعقد قبله؟ على وجهين، وهي طريقة ابن عقيل، وصاحبي «المغني» و«المحرَّر»، ولكنَّهما رجَّحا عدم الانعقاد، وابن عقيل صحَّح الانعقاد في باب المضاربة.

وأمَّا ربُّ المال؛ فعليه زكاة رأس ماله مع حصَّته من الرِّبح، وينعقد الحول عليها بالظُّهور.

وأمَّا بقيَّة الرِّبح؛ فلا يلزمه زكاته، سواء قلنا: يملكه العامل بالظُّهور أو لا، في ظاهر كلام أحمد، وهو قول القاضي والأكثرين؛ لأنَّه إن سَلِم؛ فهو للعامل، وإن تلف؛ فات عليهما.

وحكى أبو الخطَّاب عن القاضي: أنَّه يلزمه زكاته إذا قلنا: لا يملكه العامل بدون القسمة، وهو ظاهر كلام القاضي في «خلافه» في مسألة المزارعة، وهو ضعيف.

ومنها: لو اشترى العامل بعد ظهور الرِّبح من يعتق عليه بالملك؛ ففيه طريقان:

أحدهما: البناء على الملك بالظُّهور وعدمه، فإن قلنا: يملك به؛ عتق عليه، وإلَّا فلا، كذلك قال القاضي في «خلافه»، وابنه أبو الحسين، وأبو الفتح الحلوانيُّ.

والطَّريق الثَّاني: إن قلنا: لا يملك بالظُّهور؛ لم يعتق، وإن قلنا: يملك به؛ فوجهان - كذا قال جماعة منهم صاحب «التَّلخيص» -:

أحدهما: يعتق عليه؛ للملك، وهو قول القاضي وأبي الخطَّاب، وأومأ إليه أحمد في رواية ابن منصور.

والثَّاني: لا يعتق؛ لعدم استقرار الملك، وهو قول أبي بكر في «التَّنبيه»؛ فإنَّ الملك فيه غير تامٍّ، ولهذا لا يجري في حول الزَّكاة كما سبق، والعتق يستدعي ملكًا تامًّا، بدليل أنَّ المكاتب لا يعتق عليه ذو رحمه بملكه.

والأوَّل أصحُّ؛ فإنَّ العتق يسري إلى ملك الأجنبيِّ المحض، ولا يمنعه الدَّين، بخلاف الزَّكاة، والمكاتب ليس من أهل التَّبرُّع، ولهذا لو باشر العتق بقوله؛ لم ينفذ؛ فكذا بالملك، وأولى.

وعلى هذا؛ إذا اشترى رَحِمَهُ بعد ظهور الرِّبح؛ عتق عليه منه بقدر حصَّته، ثمَّ إن كان موسرًا سرى عليه؛ لأنَّ العتق بالشِّراء، وهو من فعله باختياره.

ولو اشترى قبل ظهور الرِّبح، ثمَّ ظهر الرِّبح بارتفاع الأسواق - وقلنا: يملك به -؛ عتق عليه نصيبه، ولم يسرِ؛ إذ لا اختيار له في ارتفاع الأسواق، ذكره في «التَّلخيص».

ومنها: لو وطئ العامل أمةً من مال المضاربة بعد ظهور الرِّبح، فإن قلنا: يملكه بالظُّهور؛ فالولد حرٌّ، وعليه قيمة الأمة، وتصير أمَّ ولد له، وإن لم يكن ظهر[(١)] ربح؛ لم يثبت شيء من ذلك، ونصَّ عليه[(٢)] أحمد

---

(١) زاد في (ب) و(ج): (له)، وضرب عليها في (أ).

(٢) في (ب): على ذلك.

في رواية ابن منصور[(١)].

وهل عليه الحدُّ إذا لم يكن ظهر ربح؟ على وجهين:

أحدهما: لا حدَّ عليه، ويعزَّر، ونصَّ عليه في رواية ابن منصور[(٢)]، واختاره صاحب «المغني»؛ لأنَّ الرِّبح ينبني على التَّقويم، وهو أمر اجتهادي لا يقطع به.

والثَّاني: عليه الحدُّ، قاله القاضي؛ لانتفاء الملك وشبهته.

ومنها: لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة، فإن لم يظهر ربح؛ صحَّ، نصَّ عليه[(٣)]؛ لأنَّه ملك لغيره.

وكذلك إن ظهر ربح وقلنا: لا يملكه بالظُّهور.

وإن قلنا: يملكه به[(٤)]؛ فهو كشراء أحد الشَّريكين من مال الشركة، والمذهب: أنَّه يبطل في قدر حقِّه؛ لأنَّه ملكه؛ فلا يصحُّ شراؤه له، وفي الباقي روايتا تفريق الصَّفقة.

وخرَّج أبو الخطَّاب رواية بصحَّته في الكلِّ، من الرِّواية الَّتي نُجيز

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٩٩): قلت: قال سفيان في رجل دفع إلى رجل خمسين دينارًا مضاربة، فقال: اشتر بها ما شئت، فاشترى بها جارية، فوقع عليها: إن كانت يوم وقع عليها ثمن خمسين دينارًا؛ يغرم العقر، ويعزر، والولد مملوك. قال أحمد: (صدق). فإن كانت يوم وقع عليها ثمن ستين دينارًا: فله نصف الربح، والولد له، ويضمن ثمن الجارية. قال أحمد: (جيد).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٩٩٩) الرواية السابقة.

(٣) ينظر: المغني (٥/ ٤٣).

(٤) قوله: (به) سقط من (ب).

فيها لربِّ المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه؛ لأنَّ علاقة حقِّ المضارب به صيَّرته كالمنفرد عن ملكه؛ فكذا المضارب مع ربِّ المال، وأولى.

ومنها: لو اشترى العامل شقصًا للمضاربة وله فيه شركة؛ فهل له الأخذ بالشُّفعة؟ فيه طريقتان(١):

إحداهما: ما قال أبو الخطَّاب ومن تابعه: فيه وجهان:

أحدهما: لا يملك الأخذ، واختاره في «رؤوس المسائل»؛ لأنَّه يتصرَّف لربِّ المال، فامتنع أخذه، كما يمتنع شراء الوصيِّ والوكيل مما(٢) يتولَّيان بيعه.

والثَّاني: له الأخذ، وخرَّجه من وجوب الزَّكاة عليه في حصَّته؛ فإنَّه يصير حينئذ شريكًا، يتصرَّف لنفسه ولشريكه، ومع تصرُّفه لنفسه تزول التُّهمة، ولأنَّه يأخذ بمثل الثَّمن المأخوذ به؛ فلا تهمة، بخلاف شراء الوصيِّ والوكيل، وعلى هذا؛ فالمسألة مقيَّدة بحال(٣) ظهور الرِّبح ولا بدَّ.

والطَّريقة الثَّانية: ما قال صاحب «المغني»: إن لم يكن في المال ربح، أو كان وقلنا: لا يملكه بالظُّهور؛ فله الأخذ؛ لأنَّ الملك لغيره، فله الأخذ منه.

(١) في (أ): طريقان.
(٢) في (أ): بما. وفي (ج): ما.
(٣) في (ج) و(د) و(هـ): حالة. وفي (ب) و(و) و(ن): بحالة.

وإن كان فيه ربح، وقلنا: يُملك بالظُّهور؛ ففيه الوجهان؛ بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الرِّبح على ما سبق.

ومنها: لو أسقط العامل حقَّه من الرِّبح بعد ظهوره، فإن قلنا: يملكه بالظُّهور؛ لم يسقط.

وإن قلنا: لا يملكه بدون القسمة؛ فوجهان، وقد سبقت في القواعد[1].

ومنها: لو قارض المريضُ، وسمَّى للعامل فوق تسمية المثل؛ فقال القاضي والأصحاب: يجوز، ولا يحسب من الثُّلُث؛ لأنَّ ذلك لا يُؤخذ من ماله، وإنَّما يستحقُّه بعمله من الرِّبح الحادث؛ فيحدث على ملك العامل دون المالك.

وهذا إنَّما يتوجه على القول بأنَّه يملكه بالظُّهور.

فإن قلنا: لا يملكه بدون القسمة؛ احتمل أن يحسب من الثُّلث؛ لأنَّه خارج حينئذ من ملكه، واحتمل ألَّا يحتسب منه، وهو ظاهر كلامهم؛ لأنَّ المال الحاصل لم يفوِّت عليهم منه شيئًا، وإنَّما زادهم فيه ربحًا.

(١) ينظر: القاعدة (٨٥)، (٢/ ١٥٣).

[٩] الموقوف عليه؛ هل يملك رقبة الوقف، أم لا؟

في المسألة روايتان معروفتان:

أشهرهما: أنَّه ملك للموقوف[1] عليه.

والثَّانية: لا.

فعلى هذه هل هو ملك للواقف، أو لله تعالى؟ فيه خلاف أيضًا.

ويتنزَّل على هذا الاختلاف مسائل كثيرة:

منها: زكاة الوقف، إذا كان ماشية موقوفة على معيَّن؛ فهل تجب عليه زكاتها؟ فيه طريقتان:

إحداهما: بناؤه على هذا الخلاف؛ فإن قلنا: هو ملك للموقوف عليه؛ فعليه زكاتها، وإن قلنا: هو ملك لله؛ فلا زكاة، وهذه طريقة «المحرَّر»، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية مهنَّى وعليٍّ بن سعيد.

وعلى هذا؛ فإن قلنا: ملكه للواقف؛ فعليه زكاته، ونصَّ أحمد على أنَّ من وقف على أقاربه؛ فإنَّ الزَّكاة عليه، بخلاف من وقف على المساكين[2].

---

(١) في (أ) و(د): الموقوف.

(٢) قال في الكافي (١/ ٣٨٠): (وروى مهنى عن أحمد، فيمن وقف أرضًا أو غنمًا في السبيل: لا زكاة عليه ولا عشر، هذا في السبيل، إنما يكون ذلك إذا جعله في قرابته، وهذا يدل على إيجاب الزكاة فيه إذا كان لمعين).

والطَّريقة الثَّانية: لا زكاة فيه على الرِّوايتين، قاله القاضي وابن عقيل؛ لقصور الملك فيه، فأمَّا الشَّجر الموقوف؛ فيجب الزَّكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهًا واحدًا؛ لأنَّ ثمره ملك للموقوف عليه.

وقال الشِّيرازيُّ: لا زكاة فيه أيضًا، ونقله غيره روايةً.

ومنها: لو جنى الوقف؛ فأرش جنايته على الموقوف عليه إذا قيل: إنَّه مالكه؛ لأنَّه امتنع من تسليمه؛ فيلزمه فداؤه.

وإن قيل: هو ملك لله؛ فالأرش من كسب العبد، وقيل: بل من بيت المال.

وفيه وجه: لا يلزم الموقوف عليه الأرش على القولين؛ لأنَّ امتناعه من التَّسليم بغير اختياره؛ إذ لا قدرة له على التَّسليم بحال.

ومنها: إذا كان الوقف أمة؛ فولاية تزويجها للموقوف عليه إن قيل: إنَّه يملكها.

وإن قيل: هي ملك لله تعالى؛ فالولاية للحاكم، فيزوِّجها بإذن الموقوف عليه.

وإن قيل: هي ملك للواقف؛ فهو الوليُّ.

ومنها(١): نظر الوقف إذا لم يُشرَط له ناظر؛ فعلى القول بملك(٢) الموقوف عليه: له النَّظر فيه.

وعلى القول بأنَّ ملكه لله: نظره للحاكم.

(١) في (أ) و(و): منها.
(٢) في (ب): يملك.

وظاهر كلام أحمد: أنَّ نظره للحاكم، وهو قول ابن أبي موسى، قال الحارثيُّ: وعندي أنَّ هذا لا يختصُّ بالقول بانتفاء ملك الموقوف عليه، بل ينظر فيه الحاكم وإن قلنا: ملكه للموقوف عليه؛ لعلاقة حقِّ من يأتي بعدُ[١].

ومنها: هل يَستحِقُّ الشُّفعةَ بشركة الوقف؟ فيه طريقان:

أحدهما: البناء على أنَّه هل يملكه الموقوف عليه؟ فإن قيل: يملكه؛ استَحَقَّ به الشُّفعة، وإلَّا فلا.

والثَّاني: الوجهان بناءً على قولنا: يملكه، وهذا ما قال صاحب «المحرر»؛ لأنَّ الملك قاصر.

وهذا كلُّه متفرِّع على المذهب في جواز قسمة الوقف من المطلق[٢]، أمَّا على الوجه الآخر بمنع القسمة؛ فلا شفعة؛ إذ لا شفعة في ظاهر المذهب إلَّا فيما يقبل القسمة من العقار.

وكذلك بنى صاحب «التَّلخيص» الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة.

ومنها: لو زرع الغاصب في أرض الوقف؛ فهل للموقوف عليه تملُّكه بالنَّفقة؟

إن قيل: هو المالك؛ فله ذلك، وإلَّا فلا؛ فهو كالمستأجر مالك[٣]

---

(١) في (ب): بعده.
(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): الطَّلق.
(٣) في (أ): ومالك.

للمنفعة؛ ففيه تردُّد سبق ذكره في القواعد.[١]

ومنها: نفقة الوقف، وهي في غلَّته ما لم يشرط من غيرها، فإن لم يكن له غلَّة؛ فوجهان:

أحدهما: نفقته على الموقوف عليه.

والثَّاني: من بيت المال.

فقيل: هما مبنيَّان على انتقال الملك إليه وعدمه.

وقد يقال بالوجوب عليه وإن كان الملك لغيره؛ كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه.

ومنها: لو فضَّل بعض ولده على بعض في الوقف؛ فالمنصوص: الجواز، بخلاف الهبة.

فقيل: هو بناءٌ على أنَّ الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليه، فإن قلنا بانتقاله؛ لم يجز؛ كالهبة، وهو قول أبي الخطاب وغيره.

وقيل: بل يجوز على القولين؛ لأنَّه لم يخصَّه بالملك، بل جعله ملكًا لجهة متَّصلة على وجه القربة، وجعل الولد بعض تلك الجهة.

وشبيه بهذا؛ وقف المريض على وارثه؛ هل يقف على الإجازة كهبته، أم ينفذ من الثُّلث؛ لأنه ليس تخصيصًا للوارث، بل تمليك لجهة متَّصلة، والوارث بعض أفرادها؟ وفيه روايتان.

ومنها: الوقف على نفسه، وفي صحَّته روايتان، وبناهما أبو الخطَّاب على هذا الأصل، فإن قلنا: الوقف ملك للموقوف عليه؛ لم

---

(١) ينظر: نهاية القاعدة (٧٩)، (٢/ ٥١).

يصحَّ وقفه على نفسه؛ لأنَّه لا يصحُّ أن يزيل الإنسان ملك نفسه إلى نفسه.

وإن قلنا: لله تعالى؛ صحَّ.

ومنها: الوقف المنقطع[(١)]؛ هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه، أو إلى ورثة الواقف؟

فيه روايتان، والمنصوص عن أحمد في رواية حرب وغيره: أنَّه يعود إلى ورثة الموقوف عليه[(٢)].

وظاهر كلامه: أنَّه يعود إليهم إرثًا لا وقفًا، وبه جزم الخلَّال في «الجامع»، وابن أبي موسى.

وهذا يتنزَّل[(٣)] على القول بأنَّه ملك للموقوف عليه؛ كما صرَّح به أبو الخطَّاب وغيره.

ويشهد له: أنَّ أحمد في رواية حنبل شبَّه الوقف المنقطع بالعمرى والرُّقبى، وجعلها لورثة الموقوف عليه، كما ترجع العمرى والرقبى إلى ورثة الُمعطَى[(٤)].

(١) في (أ): على المنقطع.

(٢) ينظر: الوقوف والترجل للخلال (ص ٥٣)، ونصها: (سألت أحمد قلت: رجل تصدق بصدقة على رجل فقال: هذا ما تصدق به فلان على فلان سهم كذا من أرض كذا، لا يباع ولا يوهب، ولم يقل أكثر من هذا، ثم مات المصَّدَّق عليه؟ قال: هو لورثته. قال: فإن لم يكن له ورثة؟ قال: يرجع إلى ورثة هذا الذي تصدق).

(٣) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): متنزِّل.

(٤) ينظر: الوقوف والترجل (ص ٤٤)، وفيه: (العمرى والرقبى والوقف معنًى واحد، =

وجعل الخلَّال حكم الوقف المنقطع والعمرى واحدًا.

وأنكر الشَّيخ مجد الدِّين هذا البناء، وادَّعى أنَّه إنَّما يرجع وقفًا على الورثة؛ فلا يستلزم ملك الموقوف عليه، وهذا مخالف لنصِّ أحمد لمن تأمَّله.

نعم، فرَّق أحمد في رواية أبي طالب بين الوقف المنقطع والعمرى: بأنَّ العمرى ملك للمُعْمِر، والوقف ليس يملك به شيئًا، إنَّما هو لمن أوقفه، يضعه حيث يشاء؛ مثل السُّكنى(١).

= إذا لم يكن منه شرط؛ لم يرجع إلى ورثة المعمِر، فإن شرط في وقف فقال: حياته؛ فإنها ترجع لورثة المعمِر، فإن جعلها له حياته وبعد وفاته؛ كانت لورثته للذي أُعْمِرَها، وإلا رجعت إلى ورثة الأول).

قال في المغني (٦/ ٦٨): (وصورة العمرى: أن يقول الرجل: أعمرتُك داري هذه، أو هي لك عُمُري، أو ما عاشت، أو مدة حياتك، أو ما حييت، أو نحو هذا، سميت عمرى؛ لتقييدها بالعُمُر.

والرقبى أن يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك، على أنك إن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك).

(١) ينظر: الوقوف والترجل للخلال (ص ٥٠)، ونصها: (أن أبا عبد الله قال: العمرى والرقبى واحد، إذا كان هذه الدار لفلان حياته، فإذا مات فهي لفلان أو لولدي؛ فهي العمرى والرقبى، فهي لورثة الأول الذي أَعْمَرَ وأَرْقَبَ من شيئًا حياته، فهو لورثته بعد موته؛ لأنه جعلها له حياته فهي له حياته وبعد وفاته لورثته، وإذا قال: هي وقف على فلان، فإذا مات فلان فهي لولدي أو لفلان بعده؛ فهو كما قال: إذا مات فهي لولده ولمن أوصى له، الوقف ليس يملك منه شيء إنما هو لمن أوقفه يضعه حيث يشاء مثل السكنى).

فهذه الرِّواية تدلُّ على أنَّ الموقوف عليه لا يملك سوى المنفعة، وإن قلنا(١): الرَّقبة ملك للواقف.

ومنها: لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة، فأولدها؛ فلا حدَّ؛ لأنَّها إمَّا ملك له، أو له فيها شبهة ملك.

وهل تصير أمَّ ولد له؟

إن قلنا: هي ملك له؛ صارت مستولَدة له؛ فتَعتِقُ بموته، ويُؤخذ قيمتها من تركته؛ فيُشتَرى بها رقبة مكانها تكون وقفًا.

وإن قلنا: لا يملكها؛ لم تصر مستولدة، وهي وقف بحالها.

ومنها: تزوُّج الموقوف عليه الأمة الموقوفة، فإن قيل: هي ملك له؛ لم يصحَّ، وإلَّا صحَّ، ذكره صاحب «التَّلخيص» وغيره.

وفيه نظر؛ فإنَّه يملك منفعة البضع على كلا القولين، ولهذا يكون المهر له.

---

(١) في (ب): (وأن). مكان قوله: (وإن قلنا)

[١٠] إجازة الورثة؛ هل هي تنفيذ للوصيِّة، أو ابتداء عطيَّة؟

في المسألة روايتان معروفتان، أشهرهما: أنَّها تنفيذ.

وهذا الخلاف قيل: إنَّه مبنيٌّ على أنَّ الوصيَّة بالزَّائد على الثُّلث؛ هل هو باطل أو موقوف على الإجازة؟

وقيل: بل هذا الخلاف مبنيٌّ على القول بالوقف، أمَّا على البطلان؛ فلا معنى للتَّنفيذ، وهو أشبه.

وقرَّر الشَّيخ تقيُّ الدِّين: أنَّ الوارث إذا أسقط حقَّه قبل القسمة؛ فإنَّه يسقط، وطرد هذا في الأعيان المشاعة؛ كالغانم إذا أسقط حقَّه من الغنيمة، والموقوف عليه إذا أسقط حقَّه من الوقف، والمضارب إذا أسقط حقَّه من الرِّبح، وأحد الزَّوجين إذا عفا عن حقِّه من المهر إذا كان عينًا، وألحق المشاع بالدُّيون[١] في جواز إسقاطه قبل القسمة.

ولهذا الخلاف في الإجازة[٢] فوائد كثيرة:

منها: أنَّه لا يشترط لها شروط الهبة، من الإيجاب والقبول والقبض، فيصحُّ بقوله: أجزتُ، وأنفذتُ، ونحو ذلك، وإن لم يقبل الموصى له في المجلس.

---

(١) في (ب) و(ن): بالدَّين.

(٢) قوله: (في الإجازة) سقط من (أ) و(ج) و(و).

وإن قلنا: هي هبة؛ افتقرت إلى إيجاب وقبول، ذكره ابن عقيل وغيره.

وكلام القاضي يقتضي أنَّ في صحَّتها بلفظ الإجازة إذا قلنا: هي هبة؛ وجهين، قال الشَّيخ مجد الدِّين: والصِّحة ظاهر المذهب.

وهل يعتبر أن يكون المجاز معلومًا للمجيز؟

ففي «الخلاف» للقاضي و«المحرَّر»: هو مبنيٌّ على هذا الخلاف، وصرَّح بعد ذلك صاحب «المحرَّر»: بأنَّه لو أجاز قدرًا منسوبًا من المال، ثمَّ قال: ظننت المال قليلًا: أنَّه يقبل قوله.

ولا تنافيَ بينهما؛ لوجهين:

أحدهما: أنَّ صحَّة إجازة[١] المجهول لا ينافي ثبوت الرُّجوع فيه إذا تبيَّن فيه ضرر على المجيز لم يعلمه؛ استدراكًا لظلامته؛ كما نقول فيمن أسقط شفعته لمعنًى، ثمَّ بان بخلافه؛ فإنَّ له العود إليها، فكذلك ههنا إذا أجاز الجزء الموصى به يظنُّه قليلًا؛ فبان كثيرًا؛ فله الرُّجوع بما زاد على ما في ظنِّه.

والثَّاني: أنَّه إذا اعتقد أنَّ النِّصف الموصى به - مثلًا - مائة وخمسون درهمًا، فبان ألفًا؛ فهو إنَّما أجاز خمسين درهمًا، لم يجز أكثر منها؛ فلا تنفذ إجازته في غيرها.

وهذا بخلاف ما إذا أجاز النِّصف كائنًا ما كان؛ فإنَّه يصحُّ ويكون إسقاطًا لحقِّه من المجهول، فينفذ؛ كالإبراء.

(١) قوله: (إجازة) سقط من (ب).

وطريقة صاحب «المغني»: أنَّ الإجازة لا تصحُّ(١) بالمجهول، ولكن؛ هل يصدَّق في دعوى الجهالة؟ على وجهين.

ومن الأصحاب من قال: إن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ صحَّت بالمجهول ولا رجوع، وإن قلنا: هبة؛ فوجهان.

ومنها: لو وقف على وارثه فأجازه، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ صحَّ الوقف ولزم.

وإن قلنا: هبة؛ فهو كوقف الإنسان على نفسه[١].

ومنها: إذا كان المجاز عتقًا، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ فالولاء للموصي يختصُّ به عصبته.

وإن قلنا: عطيَّة؛ فالولاء لمن أجاز، وإن كان أنثى.

ومنها: لو كان المجيز أبًا للمجاز له؛ كمن وصَّى لولد ولده، فأجازه ولده؛ فليس للمجيز الرُّجوع فيه إن قلنا: هو تنفيذ.

وإن قلنا: عطيَّة؛ فله ذلك؛ لأنَّه قد وهب ولده مالًا.

ومنها: لو حلف لا يهب، فأجاز، فإن قلنا: هي عطيَّة؛ حنث، وإلَّا فلا.

ومنها: لو قبل الوصيَّة المفتقرة إلى الإجازة قبل الإجازة، ثمَّ أجيزت، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ فالملك ثابت له من حين قبوله أوَّلًا.

---

[١] كتب على هامش (و): وفي صحة وقف الإنسان على نفسه روايتان.

---

(١) في (ب): يصحُّ.

وإن قلنا: عطيَّة؛ لم يثبت الملك إلَّا بعد الإجازة، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنها: أنَّ ما جاوز الثُّلث من الوصايا إذا أجيز؛ هل يزاحِم بالزَّائد ما لم يجاوزه؟

هو مبنيٌّ على هذا الاختلاف، ذكره صاحب «المحرَّر»، وأشكل توجيهه على الأصحاب، وهو واضح؛ فإنَّه إذا كانت معنا وصيَّتان، إحداهما مجاوزة للثُّلث، والأخرى لا تجاوزه؛ كثلث ونصف(١)، وأجاز الورثة الوصيَّة المجاوِزة(٢) للثُّلث خاصَّةً.

فإن قلنا: الإجازة تنفيذ؛ زاحم صاحبُ النِّصف صاحبَ الثُّلث بنصف كامل؛ فيقسم الثُّلث بينهما على خمسة، لصاحب النِّصف ثلاثة أخماسه، وللآخر خُمُساه، ثمَّ يُكمَّل لصاحب النِّصف نصفه بالإجازة.

وإن قلنا: الإجازة عطية؛ فإنَّما يزاحمه بثلث خاصَّةً؛ إذ الزِّيادة عليه عطيَّة محضة من الورثة لم تُتَلقَّ من الميِّت؛ فلا يزاحم بها الوصايا؛ فيقسم الثُّلث بينهما نصفين[١]، ....

[١] كتب على هامش (و) و(ن): (لأن الوصية بما زاد على الثلث باطلة، كما بين المصنف في آخر هذا الكلام على هذه المسألة: أن الخلاف فيها في كون الإجازة تنفيذًا أو ابتداءَ عطيةٍ؛ مفرع على القول بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها، فإن قلنا بصحة الوصية بالزائد على الثلث وأجازه =

(١) قوله: (كثلث ونصف) هو في (ب) و(ج) و(هـ) و(و) و(ن): كنصف وثلث.
(٢) في (أ): للمجاوزة.

ثمَّ يكمل لصاحب النِّصف ثلثٌ[١] بالإجازة، وهذا مبنيٌّ على أنَّ القول بأنَّ الإجازة عطيَّة أو تنفيذ مفرَّع على القول بإبطال الوصيَّة بالزائد على الثُّلث وصحَّتها؛ كما سبق.

ومنها: لو أجاز المريض في مرض موته وصيَّة موروثه، فإن قلنا: إجازته عطيَّة؛ فهي معتبرة من ثلثه.

= الورثة؛ فالإجازة تنفيذ للوصية، وإن قلنا ببطلان الوصية بالزائد على الثلث وأجازه الورثة؛ فهي ابتداء عطية، فيكون الموصي كأنه أقرَّ بثلث لإنسان وبثلث لآخر، فيقسم الثلث بينهما نصفين، كما لو أوصى لكل منهما بالثلث ابتداء، فقِسْمَةُ الثلث بينهما على هذا صحيحة، وليس كما قال شيخ الإسلام ابن نصر الله: إنها ليست صحيحة، بل تجب قسمة الثلث أخماسًا، سواء قلنا الإجازة تنفيذ أو ابتداء عطية، وإن دعوى المصنف لوضوح ما قاله صاحب «المحرر» ليس صوابًا، وما قاله المصنف من تفريع الخلاف على القول بإبطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها صرح به صاحب «الفروع»، وحلَّ به قاضي القضاة ناصر الدين الكناني عبارة «المحرر»، فاتضح بذلك عبارته وإن كان ظاهرها مشكلًا، والله أعلم).

قال في الإنصاف (١٧/ ٢٣٢) بعد أن ذكر كلام ابن رجب: (وقد تكلم القاضي محب الدين بن نصر الله البغدادي على هذه المسألة في كراسة بما لا طائل تحته. وما قاله ابن رجب صحيح واضح).

[١] كتب على هامش (و) و(ن): (أي: يضاف إلى السدس الذي حصل له من قسمة الثلث بينه وبين الموصى له بالثلث، فيكمل له النصف الذي أوصي له به).

وإن قلنا: تنفيذ؛ فطريقان:

أحدهما: القطع بأنَّها من الثُّلث أيضًا، كذا قال القاضي في «خلافه» وصاحب «المحرر»، وشبَّهه بالصَّحيح إذا حابى في بيع له فيه خيار، ثمَّ مرض في مدَّة الخيار؛ فإنَّه تصير محاباته من الثُّلث؛ لأنَّه تمكَّن من استرداد ماله إليه، فلم يفعل، فقام ذلك مقام ابتداء إخراجه في المرض، ونظيره لو وهب الأب لولده شيئًا، ثمَّ مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه.

والطَّريق الثَّاني: أنَّ المسألة على وجهين، وهي طريقة أبي الخطَّاب في «انتصاره»، وهما منزَّلان على أصل الخلاف في حكم الإجازة، وقد يتنزَّلان على أنَّ الملك هل ينتقل إلى الورثة في الموصى به، أم تمنع الوصيَّة الانتقال؟ وفيه وجهان.

فإن قلنا: ينتقل إليهم؛ فالإجازة من الثُّلث؛ لأنَّه إخراج مال مملوك، وإلَّا فهي من رأس المال؛ لأنَّه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد في ملكه، وإنَّما تعلَّق به حقُّ ملكه، بخلاف محاباة الصَّحيح إذا مرض، فإنَّ المال كان على ملكه، وهو قادر على استرجاعه.

ومنها: إجازة المفلس، وفي «المغني»: هي نافذة، وهو يتنزَّل[١] على القول بالتَّنفيذ.

ولا يبعد على قول القاضي في الَّتي قبلها ألَّا ينفذ، وقاله صاحب «المغني» في السَّفيه، معلِّلًا بأنَّه ليس من أهل التَّبرُّع.

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و) و(ن): منزَّل.

[١١] الموصى له؛ هل يملك الوصيَّة من حين الموت، أو من حين قبوله لها؟

في المسألة وجهان معروفان.

وعلى القول بأنَّه إنَّما يملكها من حين قبوله؛ فهل هي قبله على ملك الميِّت، أو على ملك الورثة؟ على وجهين أيضًا.

وأكثر الأصحاب على القول بأنَّه ملك للموصى له، وهو قول أبي بكر والخرقيِّ ومنصوص أحمد، بل نصَّ أحمد في مواضع[١] على أنَّه لا يعتبر له القبول؛ فيملكه قهرًا؛ كالميراث، وهو وجه للأصحاب، حكاه غير واحد.

ولهذا الاختلاف فوائد عديدة:

فمنها: حكم نمائه بين الموت والقبول؛ فإن قلنا: هو على ملك الموصى له؛ فهو له[٢]، لا يحسب عليه من الثُّلث.

وإن قلنا: هو على ملك الميِّت؛ فتتوفَّر به التَّركة، فيزداد به الثُّلث.

وإن قلنا: على ملك الورثة؛ فنماؤه لهم خاصَّةً.

---

(١) في (ب): موضع.
(٢) قوله: (له) سقط من (أ).

وذكر القاضي في «خلافه»: أنَّ ملك الموصى له لا يتقدَّم القبول، وأنَّ النَّماء قبله للورثة، مع أنَّ العين باقية على حكم ملك الميِّت؛ فلا يتوفَّر به الثُّلث؛ لأنَّه لم يكن ملكًا له حين الوفاة.

وذكر أيضًا: إذا قلنا: إنَّه مراعًى، وإنَّا نتبين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت؛ فإنَّ النَّماء يكون للموصى له معتبرًا من الثُّلث، فإن خرج من الثُّلث مع الأصل؛ فهما له، وإلَّا كان له بقدر الثُّلث من الأصل، فإن فَضَل شيء من الثُّلث؛ كان له من النَّماء.

ومنها: لو نَقَص الموصى به في سعر أو صفة؛ ففي «المحرَّر»: إن قلنا: يملكه بالموت؛ اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول؛ لأنَّ الزِّيادة حصلت في ملكه؛ فلا تحتسب(١) عليه، والنَّقص لم يدخل في ضمانه، بل هو من ضمان التركة، ولهذا لو تلفت العين أو بعضها؛ لبطلت الوصيَّة[١] في التَّالف، وأمَّا نقص الأسعار؛ فلا يُضمن عندنا.

وإن قلنا: يملكه من حين القبول؛ اعتبرت قيمته يوم القبول سعرًا وصفةً(٢)؛ لأنَّه لم يملكه قبل ذلك.

---

[١] كتب على هامش (ن): (قوله: "لبطلت الوصية" أي: كأنها لم توجد بالكلية، فلذلك لم يدخل النقص في ضمانه، وإنما يكون من ضمان التركة).

---

(١) قوله: (تحتسب) هو في (ب) و(د): يحتسب. وفي (ج): يحسب.
(٢) في (أ): أو صفة.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور، وذكره الخرقيُّ: أنَّه تعتبر قيمته يوم الوصيَّة[(١)]، ولم يحكِ صاحب «المغني» فيه خلافًا.

فظاهره: أنَّه يُعتبر بيوم[(٢)] الموت على الوجوه كلِّها؛ لأنَّ حقَّه تعلَّق بالموصى به تعلُّقًا قطع تصرُّف الورثة فيه؛ فيكون ضمانه عليه؛ كالعبد الجاني إذا أخَّر المجني عليه استيفاء حقِّه منه حتَّى تلف أو نقص.

ومنها: لو كان الموصى به أمةً، فوطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت، فإن قلنا: الملك له؛ فهي أمُّ ولده، وإلَّا فلا.

ولو وطئها الوارث، فإن قلنا: الملك له؛ فهي أمُّ ولد، ويلزمه قيمتها للموصى له، وإن قلنا: لا يملكها؛ لم تكن أمَّ ولد له.

ومنها: لو وصَّى بأمة لزوجها، فلم يعلم حتَّى أولدها أولادًا، ثمَّ قَبِلَ الوصيَّة، فإن قيل: يملكها بالموت؛ فولده حرٌّ، والأمة أمُّ ولده، ويبطل[(٣)] نكاحه بالموت.

وإن قيل: لا يملكها إلَّا بعد القبول؛ فنكاحه باقٍ قبل القبول، وولده رقيق للوارث.

ومنها: لو وصَّى لرجل بأبيه، فمات الموصى له قبل القبول، وقلنا:

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٤٣٣٧): قلت: قال سفيان: من أُوصِي له بشيء فلم يأخذه زمانًا، فإنما يحتسب على الموصى له من قيمته يوم يأخذه، ولا يُنظر إلى ما كان قبل ذلك. قال أحمد: (وجب له يوم أوصى له).

(٢) في (ب): تعتبر بيوم. وفي (ج) و(و) و(ن): يعتبر يوم.

(٣) في (أ): وبطل.

يقوم وارثه مقامه فيه، فقبل ابنه؛ صحَّ وعتق.

وهل يرث من ابنه الميِّت، أم لا؟

إن قلنا: يملكه بالموت؛ فقد عتق به؛ فيكون حرًّا عند موت ابنه، فيرث منه.

وإن قلنا: إنَّما يملكه بعد القبول؛ فهو عند موت ابنه رقيق؛ فلا يرث.

ولو كانت الوصيَّة بمال في هذه الصُّورة، فإن قلنا: ثبت الملك بالموت؛ فهو ملك للميِّت، فتوفَّى منه ديونه ووصاياه.

وعلى الوجه الآخر: هو ملك للوارث[1] الَّذي قَبِل، ذكره في «المحرَّر».

ويتخرَّج وجه آخر: أنَّه يكون ملكًا للموصى له على الوجهين؛ لأنَّ التَّمليك حصل له؛ فكيف يصحُّ الملك ابتداءً لغيره؟!

ولهذا نقول على إحدى الرِّوايتين: إنَّ المكاتب إذا مات وخلَّف وفاء: أنَّه يؤدَّى منه بقية مال الكتابة، ويتبيَّن بذلك موته حرًّا، مع أنَّ الحرِّيَّة لا تثبت للمكاتب إلَّا بعد الأداء.

ومنها: لو وُصِّي لرجل بأرض، فبنى الوارث فيها وغرس قبل القبول، ثمَّ قَبِل؛ ففي «الإرشاد»: إن كان الوارث عالمًا بالوصيَّة؛ قُلع بناؤه وغرسُه مجَّانًا، وإن كان جاهلًا؛ فعلى وجهين.

وهذا متوجِّه على القول بالملك بالموت.

(١) في (أ): الوارث.

أمَّا إن قيل: هي قبل القبول على ملك الوارث؛ فهي[١] كبناء مشتري الشِّقص المشفوع وغرسِه؛ فيكون محترمًا، يُتملَّك بقيمته.

ومنها: لو بِيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله، فإن قلنا: الملك له من الموت؛ فهو شريك للورثة في الشُّفعة، وإلَّا فلا حقَّ له فيها.

ومنها: جريانه من حين الموت في حول الزَّكاة، فإن قلنا: ملكه للموصى له؛ جرى في حوله.

وإن قلنا: للورثة؛ فهل يجري في حولهم حتَّى لو تأخَّر القبول سنة كانت زكاته عليه، أم لا؛ لضعف ملكهم فيه وتزلزله، وتعلُّق حقِّ الموصى له به، فهو كمال المكاتب؟ فيه تردُّد.

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(ن): فهو.

[١٢] الدَّين؛ هل يمنع انتقال التَّركة إلى الورثة، أم لا؟

في المسألة روايتان:

أشهرهما: الانتقال، وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه، قال ابن عقيل: (هي المذهب)، وقد نصَّ أحمد: أنَّ المفلس إذا مات؛ سقط حقُّ البائع من عين ماله؛ لأنَّ الملك انتقل إلى ورثته.

والرِّواية الثَّانية: لا ينتقل، نقلها ابن منصور في رجل مات وترك دارًا وعليه دين، فجاء الغرماء يبيعون المال، وقال أحد بنيه: أنا أعطي ربع الدَّين ودعوا لي ربع الدَّار؛ قال أحمد: (هذه الدَّار للغرماء، لا يرثونها)[(١)]؛ يعني: الأولاد.

ولا فرق بين ديون الآدميِّين وديون الله ﷻ، ولا بين الدُّيون الثَّابتة في الحياة والمتجدِّدة بعد الموت بسبب منه يقتضي الضَّمان؛ كحفر بئر ونحوه، صرَّح به القاضي.

وهل يعتبر كون الدَّين محيطًا بالتَّركة، أم لا؟

ظاهر كلام طائفة اعتباره؛ حيث فرضوا المسألة في الدَّين المستغرِق، وكلام أبي الخطَّاب في «انتصاره» كالصَّريح فيه.

---

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٨/ ٤٤٩٩).

ومنهم من صرَّح بالمنع من الانتقال وإن لم يكن مستغرِقًا، ذكره في مسائل الشُّفعة.

وعلى القول بالانتقال؛ فيتعلَّق حقُّ الغرماء بها جميعها؛ وإن لم يستغرقها الدَّين، صرَّح به صاحب «التَّرغيب[(١)]».

وهل يتعلَّق[(٢)] حقُّهم بها تعلُّق رهن أو جناية؟

فيه خلافٌ يتحرَّر بتحرير مسائل:

إحداها: هل يتعلَّق جميع الدَّين بالتَّركة وبكلِّ جزء من أجزائها، أم يتقسَّط؟

صرَّح القاضي في «خلافه» بالأوَّل إن كان الوارث واحدًا، وإن كان متعدِّدًا؛ انقسم على قدر حقوقهم، وتعلَّق بحصَّة كلِّ وارث[(٣)] منهم قسطها من الدَّين وبكلِّ جزء منها؛ كالعبد المشترك إذا رهنه الشَّريكان بدين عليهما.

والثَّانية: هل يمنع هذا التَّعلُّق من نفوذ التَّصرُّف؟ وسنذكره.

والثَّالثة: هل يتعلَّق الدَّين بعين التركة مع الذِّمة؟ فيه للأصحاب[(٤)] ثلاثة أوجه:

أحدها: ينتقل إلى ذمم الورثة، قاله القاضي وأبو الخطَّاب في

(١) زاد في (ب) و(ج)و(ن): (المغني)، وضُرب عليها في (أ). وقد نقله العبارة المرداوي في الانصاف (٥/ ٣٠٩) وذكر الترغيب فقط.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(و): تعلَّق.

(٣) في (أ): واحد.

(٤) قوله: (فيه للأصحاب) هو في (أ): للأصحاب فيه.

«خلافهما»، وابن عقيل.

ومنهم من قيَّده بالمؤجَّل(١).

ومنهم من خصَّه بالقول بانتقال التَّركة إليهم.

والثَّاني: هو باقٍ في ذمَّة الميِّت، ذكره القاضي أيضًا، والآمديُّ، وابن عقيل في «فنونه»، وصاحب «المغني»، وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميِّت.

والثَّالث: يتعلَّق بأعيان التَّركة فقط، قاله ابن أبي موسى.

ورُدَّ: بلزوم براءة ذمَّة الميِّت منها بالتَّلف.

وإذا عرف هذا؛ فلهذا الاختلاف فوائد:

منها: نفوذ تصرُّف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود، فإن قلنا بعدم الانتقال إليهم؛ فلا إشكال في عدم النُّفوذ.

وإن قلنا بالانتقال؛ فوجهان:

أحدهما: لا ينفذ، قاله القاضي في «المجرَّد» وابن عقيل في باب الشركة من كتابيهما، وحمل القاضي في غير «المجرَّد» رواية ابن منصور على هذا.

والثَّاني: ينفذ، قاله القاضي وابن عقيل أيضًا في باب الرَّهن والقسمة، وجعلاه المذهب، وإنَّما يجوز لهم التَّصرُّف بشرط الضَّمان، قاله القاضي؛ قال: (ومتى خلَّى الورثة بين التَّركة والغرماء؛ سقطت مطالبتهم بالدُّيون، ونصَّب الحاكم من يوفِّيهم منها، ولم يملكها الغرماء بذلك).

(١) في (ب): بالرَّجل.

وهذا يدلُّ على أنَّهم إذا تصرَّفوا فيها طولبوا بالدُّيون كلِّها؛ كما نقول(١) في سيِّد الجاني إذا فداه: إنَّه يَفْدِيه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ على رواية، وكلام أحمد في رواية البرزاطيِّ ههنا يدلُّ عليه[١]، وسنذكره.

وفي «الكافي»: إنَّما يضمنون أقلَّ الأمرين من قيمة التَّركة أو الدَّين.

وعلى الأوَّل[٢]: ينفذ العتق خاصَّةً؛ كعتق الرَّاهن، ذكره أبو الخطَّاب في «انتصاره».

---

[١] كتب على هامش (و) و(ن): (في دلالة كلام القاضي على ذلك نظر، إنما يدل على أن الورثة يضمنون ما تصرفوا فيه، وكيف يضمنون ما زاد على ذلك مع أنه لم يصدر منهم عدوان ولا تعدٍّ يقتضي ضمانهم للزائد! وكذلك في دلالة رواية البرزاطي؛ فإنه ليس فيها أن الورثة تصرفوا في التركة، وإنما هي دالة على عدم انتقال التركة إلى الورثة، وأن حق الغرماء متعلِّق بغير التركة، وأين هذا من صحة نفوذ تصرف الورثة في التركة بناء على أنها انتقلت إليهم؟! والمذهب: أن السيد يَفْدي الجاني بأقل الأمرين [من قيمته أو أرش الجناية]، فكذلك الورثة إذا تصرفوا في التركة، ويؤيد هذا ما نقله عن «الكافي»، مع أن الشيخ في «الكافي» لم يحك غيره، وجَعْلُهم تعلُّقَ الدين بالتركة كتعلق أرش الجناية، والله أعلم)، ما بين المعقوفتين سقط من (و).

[٢] كتب على هامش (ن): (أي: من الوجهين بعد قولنا في الانتقال إلى الورثة).

---

(١) في (ب): يقول.

وحكى القاضي في «المجرَّد» في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدَّين وجهين، وأنَّه لا ينفذ مع العلم.

وجعل صاحب «الكافي» مأخذهما: أنَّ حقوق الغرماء المتعلِّقة بالتَّركة؛ هل تملك[1] الورثة إسقاطها بالتزامهم الأداء من عندهم، أم لا؟

ورواية ابن منصور السَّابقة تدلُّ على أنَّهم لا يملكون ذلك.

وفي «النَّظريَّات» لابن عقيل: إنَّ عتق الورثة إنَّما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم؛ اعتبارًا بعتق موروثهم في مرضه؛ لأنَّ موروثهم كان ملكه ثابتًا فيها بغير خلاف، ولا ينفذ عتقه مع الإعسار، فلَأَنْ لا يَنفذ عتقهم مع إعسارهم والاختلافِ في ملكهم أولى.

وهل يصحُّ رهن التَّركة عند الغرماء؟

قال القاضي في «المجرَّد»: لا يصحُّ، وعلَّل بأنَّها كالمرهونة عندهم بحقِّهم، والمرهون لا يصحُّ رهنه، وبأنَّ التَّركة ملك للورثة؛ فلا يصحُّ رهن ملك الغير بغير إذنه.

فعلى التَّعليل الأوَّل: لا يصحُّ رهن الورثة لها من الغرماء وإن قلنا: هي ملكهم.

وعلى الثَّاني؛ ينبغي أن يصحَّ رهن الوصيِّ لها إذا قلنا: ليست ملكًا للورثة.

ومنها: نماء التَّركة، فإن قلنا: لا ينتقل إلى الورثة؛ تعلَّق حقُّ

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(ن): يملك.

الغرماء بالنَّماء؛ كالأصل.

وإن قلنا: ينتقل إليهم؛ فهل يتعلَّق حقُّ الغرماء بالنَّماء؟ على وجهين.

وقد سبق بسط هذه المسألة في قاعدة النَّماء[(١)].

ومنها: لو مات رجل عليه دين وله مال زكويٌّ؛ فهل يبتدئ الوارث حول زكاته من حين موت موروثه، أم لا؟

إن قلنا: لا تنتقل التَّركة إليه مع الدَّين؛ فلا إشكال في أنَّه لا يجري في حوله حتَّى ينتقل إليه.

وإن قلنا: ينتقل؛ انبنى على أنَّ الدَّين هل هو مضمون في ذمَّة الوارث، أو هو في ذمَّة الميِّت خاصَّةً؟

فإن قلنا: الدَّين في ذمَّة الوارث، وكان ممَّا يمنع الزَّكاة؛ انبنى على أنَّ الدَّين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه، أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصَّةً؟ فيه روايتان محكيَّتان في شرح «الهداية».

والمذهب: أنَّه يمنع الانعقاد، فيمنع انعقاد الحول على مقدار الدَّين من المال.

وإن قلنا: إنَّما يمنع وجوب الزَّكاة في آخر الحول؛ منع الوجوب ههنا آخر الحول في قدره أيضًا.

وإن قلنا: ليس في ذمَّة الوارث شيء؛ فظاهر كلام الأصحاب[(٢)]:

(١) ينظر: القاعدة (٨٢)، (٢/ ٧٢).

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): أصحابنا.

أنَّ تعلُّق الدين بالمال مانع أيضًا، وسنذكره.

ومنها: لو كان له شجر، وعليه دين فمات؛ فههنا صورتان:

إحداهما: أن يموت قبل أن يثمر، ثمَّ أثمر قبل الوفاء؛ فينبني على أنَّ الدَّين هل يتعلَّق بالنَّماء، أم لا؟

فإن قلنا: يتعلَّق به؛ خرج على الخلاف في منع الدَّينِ الزَّكاةَ في الأموال الظَّاهرة.

وإن قلنا: لا يتعلَّق به؛ فالزَّكاة على الوارث.

وهذا كلُّه بناءً على القول بانتقال الملك إليه، أمَّا إن قلنا: لا ينتقل؛ فلا زكاة عليه فيه، إلَّا أن ينفكَّ التَّعلُّق قبل بدوِّ صلاحه.

الصُّورة الثَّانية: أن يموت بعدما أثمرت، فيتعلَّق الدَّين بالثَّمرة، ثمَّ إن كان موته بعد وقت الوجوب؛ فقد وجبت عليه الزَّكاة، إلَّا أن نقول: إنَّ الدَّين يمنع الزَّكاة في المال الظَّاهر؛ وإن كان قبل وقت الوجوب، فإن قلنا: تنتقل التَّركة إلى الورثة مع الدَّين؛ فالحكم كذلك؛ لأنَّه مال لهم تعلَّق به دين[١]، ولا سيما إن قلنا: إنَّه في ذممهم.

وإن قلنا: لا تنتقل التَّركة إليهم؛ فلا زكاة عليهم.

وهذه المسألة تدلُّ على أنَّ النَّماء المتَّصل[٢] يتعلَّق به حقُّ الغرماء

(١) قوله: (دين) سقط من (ب) و(ج).

(٢) في (و) و(ن): المنفصل. والذي في الإنصاف (٥/ ٣١٣) نقلًا عن ابن رجب: (المنفصل)، قال ابن رجب في آخر القاعدة (٨٢) (٢/ ١٠٢): (تنبيه: اضطرب كلام الأصحاب في الطلع والحمل؛ هل هما زيادة متصلة أو منفصلة).

بغير خلاف.

ومنها: لو مات وعليه دين وله عبيد[١]، وأهلَّ هلال الفطر، فإن قلنا: لا ينتقل الملك؛ فلا فطرة لهم على أحد.

وإن قلنا: ينتقل؛ ففطرتهم على الورثة.

ومنها: لو كانت التَّركة حيوانًا، فإن قلنا بالانتقال إلى الورثة؛ فالنَّفقة عليهم، وإلَّا فمن التَّركة.

وكذلك مؤنة المال؛ كأجرة المخزن ونحوه.

ومنها: لو مات المدين وله شقص، فباع شريكه نصيبه قبل الغرماء؛ فهل للورثة الأخذ بالشُّفعة؟

إن قلنا بالانتقال إليهم؛ فلهم ذلك، وإلَّا فلا.

ولو كان الوارث شريك الموروث، وبِيع نصيب الموروث[٢] في دَينه، فإن قلنا بالانتقال؛ فلا شفعة للوارث؛ لأنَّ البيع وقع في ملكه؛ فلا يملك استرجاعه.

وإن قيل بعدمه؛ فله الشُّفعة؛ لأنَّ المبيع لم يكن في ملكه، بل في شركته.

ومنها: لو وطئ الوارث الجارية الموروثة - والدَّين مستغرِق[٣] -، فأولدها، فإن قلنا: هي ملكه؛ فلا حدَّ، ويلزمه قيمتها يوفي منها

(١) في (ب): وله عبيد وعليه دين.
(٢) في (أ): للموروث.
(٣) في (أ): يستغرق.

الدَّين؛ كما لو وطئ الرَّاهن.

وإن قلنا: ليست ملكه؛ فلا حدَّ أيضًا؛ لشبهة الملك، فإنَّه يملكها بالفكاك؛ فهي كالرَّهن، وعليه قيمتها ومهرها يوفي بها الدَّين، ذكره أبو الخطَّاب في «انتصاره».

ففائدة الخلاف حينئذ: وجوب المهر.

ومنها: لو تزوَّج الابن أَمَةَ أبيه، ثمَّ قال لها: إن مات أبي فأنت طالق، وقال أبوه: إن متُّ فأنتِ حرَّة، ثمَّ مات وعليه دين مستغرِق؛ لم تعتق؛ لاستغراق الدَّينِ التَّركةَ[١]؛ فلا ثلث للميِّت لينفذ منه العتق.

وهل يقع الطَّلاق؟

قال القاضي في «المجرَّد»: نعم، وعلَّل بأنَّه[٢] لم يملكها؛ فهي باقية على نكاحه.

وقال ابن عقيل: لا تطلق؛ لأنَّ التَّركة تنتقل إلى الورثة؛ فيسبق الفسخ الطَّلاق.

فالوجهان مبنيَّان على الانتقال وعدمه، وكذلك لو لم يدبِّرها الأب سواء.

وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وإن قيل بالانتقال، حتَّى ولو لم يكن دين؛ بناءً على سبق زمن الطَّلاق للفسخ، وقد ذكرناه في القواعد[٣].

---

(١) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): للتَّركة.

(٢) في (أ): بأنَّها.

(٣) ينظر القاعدة (٥٧)، (١/ ٤١٢).

ومنها: لو أقرَّ لشخص، فقال: له في ميراثي ألف؛ فالمشهور: أنَّه متناقض في إقراره.

وفي «التَّلخيص»: يحتمل أن يلزمه؛ إذ المشهور عندنا: أنَّ الدين لا يمنع الميراث؛ فهو كما لو قال: له في هذه التَّركة ألف؛ فإنَّه إقرار صحيح.

وعلى هذا؛ فإذا قلنا: يمنع الدَّين الميراث؛ كان تناقضًا بغير خلاف.

ومنها: لو مات وترك ابنين وألف درهم، وعليه ألف درهم دين، ثمَّ مات أحد الابنين وترك ابنًا، ثمَّ أبرأ الغريم الورثة؛ فذكر القاضي: أنَّه يستحق ابن الابن نصف التَّركة بميراثه عن أبيه، وذكره في موضع إجماعًا، وعلَّله في موضع: بأنَّ التَّركة تنتقل مع الدَّين؛ فانتقل ميراث الابن إلى ابنه[1].

وهذا يفهم[2] منه: أنَّه على القول بمنع الانتقال يختصُّ به ولد الصُّلب؛ لأنَّه هو الباقي من الورثة، وابن الابن ليس بوارث معه، والتَّركة لم تنتقل إلى أبيه، وإنَّما انتقلت بعد موته.

ويشهد لهذا ما ذكره صاحب «المحرَّر» في الوصيَّة إذا مات الموصى له وقَبِل وارثه؛ فإنَّه يملكه هو دون موروثه على قولنا بملك[3] الوصيَّة

(١) في (أ): أبيه.
(٢) في (ب): نفهم.
(٣) في (أ): يملك.

من حين القبول.

ومنها: رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس؛ يحتمل بناؤه على هذا الخلاف، فإن قلنا: ينتقل إلى الورثة؛ امتنع رجوعه، وبه علَّل الإمام أحمد.

وإن قلنا: لا ينتقل؛ رجع به، لا سيما والحقُّ هنا متعلِّق في الحياة تعلُّقًا متأكدًا.

ومن العجيب: أنَّ عن أحمد روايةً بسقوط حقِّ المرتهن من الرَّهن بموته(١)؛ فيكون أسوة الغرماء؛ كغريم المفلس، حكاها القاضي وابن عقيل، وهذا عكس ما نحن فيه.

ومنها: ما نقل البرزاطيُّ عن أحمد: أنَّه سئل عن رجل مات وخلَّف ألف درهم، وعليه للغرماء ألفا درهم، وليس له وارث غير ابنه، فقال ابنه لغرمائه: اتركوا هذه(٢) الألف في يدي، وأَخِّروني في حقوقكم ثلاث سنين حتَّى أوفِّيكم جميع حقوقكم؛ قال: إذا كانوا قد استحقُّوا قبض هذه الألف، وإنَّما يؤخِّرونه ليوفِّيهم لأجل تركها في يديه؛ فهذا لا خير له فيه، إلَّا أن يقبضوا الألف منه، ويؤخِّرونه في

---

(١) أي: موت الراهن؛ لأنه المدين، وجاء ذلك في رواية علي بن سعيد، قال في الروايتين والوجهين (١/ ٣٦٧): (اختلفت الرواية إذا مات الراهن مفلسًا وعليه دين؛ هل يكون المرتهن أحق به أم يكون أسوة الغرماء؟
فنقل أبو طالب، وابن منصور: المرتهن أحق به. ونقل أحمد بن سعيد: المرتهن أسوة الغرماء).

(٢) في (أ): هذا.

الباقي ما شاؤوا(١).

قال بعض مشايخنا(٢): تُخرَّج هذه الرِّواية على القول بأنَّ التَّركة لا تنتقل، قال: وإن قلنا: تنتقل إليهم؛ جاز ذلك، وهو أقيس بالمذهب.

وتوجيه(٣) ما قال: أنَّ حقَّ الغرماء في عين التَّركة دون ذمَّة الورثة، فإذا أسقطوا حقهم(٤) من التَّعلُّق[١] بشرط أن توفيهم الورثة بقيَّة حقوقهم؛ فهو إسقاط بعوض غير لازم للوارث.

فإن قيل: بانتقال التَّركة إلى الوارث؛ فقد أذن له في الانتفاع بماله بعوض يلزمه(٥) له في ذمَّته.

وإن قيل: بعدم الانتقال؛ فهو شبيه بتمليكه ألفًا بألفين إلى أجل، وإن لم يكن تمليكًا من الغريم لما يملكه، لكنَّه لمَّا أسقط حقَّه؛ ملكه الوارث حينئذ فصار تمليكًا، مع أنَّ قول أحمد: (لا خير فيه) ليس صريحًا(٦) بالتَّحريم، فيحتمل الكراهة.

وقوله: (ويؤخِّرونه في الباقي ما شاؤوا)؛ يدلُّ على أنَّ الورثة إذا

[١] كتب على هامش (و): (يعني: بعين التركة).

(١) ينظر: بدائع الفوائد (٤/ ٥٩).
(٢) في (ب): شيوخنا. لعله ابن القيم، ينظر معنى كلامه في بدائع الفوائد (٤/ ٥٩).
(٣) في (أ): ويوجبه.
(٤) في (أ): حقوقهم.
(٥) في (ب) و(و) و(ن): يلتزمه.
(٦) في (ب) و(ن): تصريحًا.

تصرَّفوا في التَّركة؛ صاروا ضامنين جميع الدَّين في ذممهم[١]؛ فيطالَبون به، ومتى كان الدَّين في ذمم الورثة؛ قوي الجواز؛ لأنَّ انتقاله إلى ذممهم فرع انتقال التَّركة إليهم؛ فيبقى كالمفلس إذا طلب من غرمائه الإمهال وإسقاط حقوقهم من أعيان ماله ليوفِّيهم إيَّاها كاملة إلى أجل.

ومنها: ولاية المطالبة بالتَّركة إذا كانت دينًا ونحوه؛ هل هو للورثة خاصَّة أم للغرماء والورثة؟

قال أحمد في رواية عبد الله، في رجل مات وخلَّف وديعة عند رجل، ولم يوصِ إليه بشيء، وخلَّف عليه دينًا، يجوز لهذا المودَع أن يدفع إلى ولد الميِّت؟ فقال: إن كان أصحاب الدَّين يعلمون أنَّه مودَع، ويخاف تَبِعَتَهم أن يرجعوا عليه فيحلِّفوه، جَمَع(١) أصحاب الدَّين والورثة فسلم إليهم جميعًا(٢). ونقل صالح نحوه.

---

[١] كتب على هامش (و) و(ن): (في دلالة قول الإمام: "ويؤخرونه في الباقي ما شاؤوا" على أن الورثة يصيرون ضامنين جميع الدين في ذممهم؛ نظر؛ لأنه ليس في النص ما يقتضي أن الورثة تصرفوا في التركة، بل قوله في النص: "إلا أن يقبضوا الألف" يعني الغرماء، صريح في أن الوارث لم يتصرف في التركة، مع أن قول الإمام إذا كانوا قد استحقوا قبض هذه الألف - يعني الغرماء -؛ يقتضي عدم انتقال التركة إلى الورثة، وأن حق الغرماء متعلق بعين التركة، وصحة تصرف الورثة في التركة إنما هو فرع =

---

(١) في (ب) و(ج) و(و): جميع.
(٢) ينظر: مسائل عبد الله (ص ٣٩٠).

وهذا يدلُّ على أنَّ للغرماء ولايةَ المطالبة والرُّجوع على المودَع إذا سلَّم الوديعة إلى الورثة.

وحمله القاضي على الاحتياط؛ قال: لأنَّ التَّركة ملكٌ للورثة، ولهم الوفاء من غيرها.

فظاهر[١] كلامه: أنَّا إن قلنا: التَّركة ملك لهم؛ فلهم ولاية الطَّلب والقبض.

وإن قلنا: ليست ملكًا لهم؛ فليس لهم[٢] الاستقلال بذلك.

وقال الشَّيخ مجد الدِّين: (عندي أنَّ نصَّ أحمد على ظاهره؛ لأنَّ الورثة والغرماء تتعلَّق حقوقهم بالتَّركة؛ كالرَّهن والجاني؛ فلا يجوز الدَّفع إلى بعضهم)، قال: (وإنَّما المشكل أنَّ مفهوم كلامه جواز الدَّفع إلى الورثة بمفردهم، ولعلَّه أراد إذا وثق بتوفيتهم للدَّين) انتهى.

ولا ريب أنَّ حقوق الورثة تتعلَّق بها أيضًا - وإن قلنا: لا تنتقل إليهم -، وهم قائمون مقام الوصيِّ عند عدمه في إيفاء الدُّيون وغيرها

= انتقال التركة إلى الورثة، فأين هذا من ذاك؟! ثم إن قياس الوارث على المفلس في لزوم توفية جميع الدين إذا طلب الإمهال قياس مع وجود الفارق؛ لأن المفلس قد ترتب في ذمته الدين ووجب، بخلاف الوارث؛ فإن ذمته بريئة منه، وطلبه للإمهال على أن يوفي جميع الدين التزام بما لا يلزمه، والله أعلم).

(١) في (أ): بظاهر.
(٢) في (ب): له.

عند طائفة من الأصحاب.

والمتوجِّه[١]: هو الدَّفع إلى الورثة والغرماء جميعًا، ولا يملك الدَّفع إلى الغرماء بانفرادهم بكلِّ حال.

وقد نصَّ أحمد في رواية مهنَّى، فيمن عنده وديعة وصَّى بها ربُّها لرجل ثمَّ مات: أنَّ المودَع لا يدفعها إلى الموصى له، فإن فعل؛ ضمن، ولكن تجمع الورثة والموصى[٢] له، فإن أجازوا، وإلَّا دفعه إليهم جميعًا.

ولعلَّ هذا فيما إذا لم تثبت الوصيَّة في الظَّاهر، وإنَّما المودَع يدَّعي ذلك، أو أنَّها لا تخرج من الثُّلث، ولذلك قال: (فإن أجازوا)؛ يعني: الورثة، وإلَّا فالعين الموصى بها إذا خرجت من الثُّلث لا حق فيها للورثة، ولا تنتقل إليهم بكلِّ حال على الصَّحيح.

وفي «المحرَّر»: أنَّ من عليه دَين موصًى به لمعيَّن؛ فهو مخيَّر: إن شاء دفعه إلى الوصي، وإن شاء إلى الموصى له؛ بخلاف الوصيَّة المطلقة؛ فإنَّه لا يبرأ بدون الدَّفع إلى الوارث والوصي جميعًا؛ لأنَّها كالدَّين.

وقد نصَّ أحمد أيضًا في رواية أبي طالب؛ فيمن عليه دين لميِّت وعلى الميِّت دين؛ فقضاه به عنه: أنَّه يجوز في الباطن دون الظَّاهر.

ووجَّهه القاضي: بأنَّ الورثة لا حق لهم في ذلك المال الَّذي في

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(و): فالمتوجِّه.
(٢) في (ب): الموصى.

مقابلة الدَّين؛ فلا يكون متصرِّفًا في حقوقهم.

وهذا متوجِّه على القول: بأنَّ التَّركة لا تنتقل إليهم مع الدَّين؛ فلا يكون القضاء من أموالهم، ويرجع ذلك إلى أنَّ كلَّ مال مستحَقٍّ يجوز دفعه إلى مستحِقِّه مع وجود من له ولاية القبض، وقد سبق ذكره في القواعد[١].

(١) ينظر القاعدة (٩٦)، (٢/ ٢٦٢).

[١٣] التَّدبير؛ هل هو وصية، أو عتق بصفة؟

في المسألة روايتان.

وينبني عليهما فوائد كثيرة:

منها: لو قتل المدبَّرُ سيِّدَه؛ هل يعتق؟ وفيه طريقتان:

إحداهما: بناؤه على الرِّوايتين؛ إن قلنا: هو عِتقٌ بصفةٍ عتَقَ.

وإن قلنا: وصيَّة؛ لم يَعتق؛ لأنَّ المذهب أنَّ الموصى له إذا قتل الموصي بعد الوصيَّة لم يستحِقَّ الوصية[١]، وهي طريقة ابن عقيل وغيره.

والثَّانية: أنَّه لا يعتق على الرِّوايتين، وهي طريقة القاضي؛ لأنَّه لم يعلِّقه على موته بقتله إيَّاه.

ومنها: بيع المدبَّر وهبته، والمذهب: الجواز؛ لأنَّه وصيَّة أو تعليق بصفة، وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصِّفة.

وفيه رواية أخرى: بالمنع؛ بناء على أنَّه عِتق[٢]؛ فيكون لازمًا؛ كالاستيلاد.

---

(١) قوله: (لم يستحقَّ الوصيَّة) هو في (أ) و(د) و(و): لم يعتق. وفي (ج): لم يستحقَّ شيئًا.

(٢) زاد في (ب) و(و) و(ن): (بصفة)، وضرب عليها في (أ).

ومنها: اعتباره من الثُّلث على المذهب؛ لأنَّه وصيَّة.

ونقل حنبل: أنَّه من رأس المال[(١)]، وهو[(٢)] متخرِّج على أنَّه عتق لازم؛ كالاستيلاد.

ومنها: إبطال التَّدبير والرُّجوع عنه بالقول، وفي صحَّته روايتان، بناهما الخرقيُّ والأكثرون على هذا الأصل؛ فإن قلنا: هو وصيَّة؛ جاز الرُّجوع فيه.

وإن قلنا: عِتق؛ فلا.

وللقاضي وأبي الخطَّاب في تعليقهما طريقة أخرى: أنَّ الرِّوايتين هنا على قولنا: إنَّه وصيَّة؛ لأنَّها وصيَّة تتنجز بالموت من غير قبول، بخلاف بقيَّة الوصايا.

وهو منتقض بالوصيَّة لجهات البرِّ.

ولأبي الخطَّاب في «الهداية» طريقة ثالثة: وهي بناء هاتين الرِّوايتين على جواز الرُّجوع بالبيع.

أمَّا إن قلنا: يمنع الرُّجوع بالفعل؛ فبالقول أولى.

ومنها: لو باع المدبَّرَ ثمَّ اشتراه؛ فهل يكون بيعه رجوعًا فلا يعود تدبيره، أو لا يكون رجوعًا فيعود؟ فيه روايتان أيضًا، بناهما القاضي والأكثرون على هذا الأصل؛ فإن قلنا: التَّدبير وصيَّة؛ بَطَلت بخروجه عن ملكه، ولم يَعُد بعوده.

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٣/ ١١٤).

(٢) في (ب): هو.

وإن قلنا: هو تعليق[١] بصفة؛ عاد بعود الملك؛ بناء على أصلنا في عود الصِّفة بعود الملك في العتق والطَّلاق.

وطريقة الخرقيِّ وطائفة من الأصحاب: أنَّ التَّدبير يعود بعود الملك ههنا رواية واحدة[٢]، بخلاف ما إذا أبطل تدبيره بالقول.

وهو يتنزَّل على أحد أمرين: إمَّا أنَّ الوصيَّة لا تبطل بزوال الملك مطلقًا، بل يعود بعوده، وإمَّا أنَّ هذا حكم الوصيَّة بالعتق خاصَّة.

ومنها: لو قال: عبدي فلان حرٌّ بعد موتي بسنة؛ فهل يصحُّ ويعتق بعد موته بسنة، أم يبطل ذلك؟ على روايتين بناهما طائفة من الأصحاب على هذا الأصل، فإن قلنا: التَّدبير وصيَّة؛ صحَّ تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت.

وإن قلنا: عتق بصفة؛ لم يصحَّ ذلك.

وهؤلاء قالوا: لو صرَّح بالتَّعليق، فقال: إن دخلتَ الدَّار بعد موتي بسنة فأنت حرٌّ؛ لم يَعتق رواية واحدة، وهي طريقة ابن عقيل في «إشارته».

والصَّحيح: أنَّ هذا الخلاف ليس مبنيًّا على هذا الأصل؛ فإنَّ التَّدبير والتَّعليق بالصِّفة إنَّما بطل بالموت مع الإطلاق؛ لأنَّ مقتضى الإطلاق وجود الصِّفة في حياة السَّيِّد، فأمَّا مع التَّقييد بما بعد الموت؛ فيتقيَّد به.

---

(١) في (ب): تعلُّق.

(٢) في (أ): رواية واحدة ههنا.

ثمَّ من الأصحاب من يجعل هذا العقد تدبيرًا، ومنهم من ينفي ذلك، ولهم في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع.

ومنها: لو كاتب مدبَّره؛ فهل يكون رجوعًا عن التَّدبير؟

إن قلنا: التَّدبير عتق بصفة؛ لم يكن رجوعًا.

وإن قلنا: هو وصيَّة؛ انبنى على أنَّ كتابة الموصى به هل يكون رجوعًا؟ وفيه وجهان:

أشهرهما: أنَّه رجوع.

والمشهور في المذهب: أنَّ كتابة المدبَّر ليست[1] رجوعًا عن تدبيره.

ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدلُّ على أنَّه رجوع.

ومنها: لو وصَّى بعبد ثمَّ دبَّره؛ ففيه وجهان:

أشهرهما: أنَّه رجوع عن الوصيَّة.

والثَّاني: ليس برجوع، فعلى هذا؛ فائدة الوصيَّة به: أنَّه لو أبطل تدبيره بالقول؛ لاستحقَّه[2] الموصى له، ذكره في «المغني».

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: (ينبني على أنَّ التَّدبير هل هو عتق بصفة أو وصيَّة؟ فإن قلنا: هو عتق بصفة؛ قدِّم على الوصيَّة، وإن قلنا: هو وصيَّة؛ فقد ازدحمت وصيَّتان في هذا العبد؛ فينبني على أنَّ الوصايا

---

(١) في (أ): ليس.

(٢) قوله: (لاستحقَّه) هو في (ب) و(ج): لا يستحقَّه.

المزدحمة إذا كان بعضها عتقًا؛ هل يقدَّم أم يتحاصَّ العتق وغيره؟ على روايتين، فإن قلنا بالمحاصَّة؛ فهو كما لو دبَّر نصفه ووصَّى بنصفه، ويصحُّ ذلك على المنصوص).

وقد يقال: الموصى له إن قيل: لا يملك حتَّى يقبل؛ فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه؛ فينفذ، وإن قيل: إنَّه يملك من حين الموت؛ فقد تقارن زمن ملكه وزمن العتق؛ فينبغي تقديم العتق، كما نصَّ عليه أحمد في مسألة من علَّق عتق عبده ببيعه.

ومنها: الوصيَّة بالمدبَّر، والمذهب: أنَّها لا تصحُّ، ذكره القاضي وأبو الخطَّاب في «خلافيهما»[(١)]؛ لأنَّ التَّدبير الطارئ إذا أبطل الوصيَّة - على المشهور -؛ فكيف يصحُّ طريان الوصيَّة على التَّدبير ومزاحمتها له؟!

وبنى الشَّيخ هذه المسألة أيضًا على الأصول السَّابقة.[(٢)]

ومنها: ولد المدبَّرة، والمشهور: أنَّه يتبعها في التَّدبير كلُّ ما ولدته بعده، سواء كان موجودًا حال التَّعليق[(٣)] أو العتق، أو حادثًا بينهما.

وحكى القاضي في «كتاب الرِّوايتين» في تبعيَّة الولد روايتين، وبناهما على أنَّ التَّدبير هل هو عتق لازم؛ كالاستيلاد، أو وصية؟

---

(١) في (ب) و(د): خلافهما.
(٢) يريد بالشيخ ابن قدامة رحمه الله، فإن المرداوي في الإنصاف نقل عبارة ابن رجب وقال (١٩/ ١٥٥): (وبنى المصنف هذه المسألة أيضًا على الأصول السابقة). والمرداوي يريد بالمصنف: ابن قدامة.
(٣) في (ب): التَّعلُّق.

ومن هنا قال أبو الخطَّاب في «انتصاره»: تبعيَّة الولد مبنيٌّ على لزوم التَّدبير.

وخرَّج أبو الخطَّاب في «الهداية» وجهًا: أنَّه لا يتبعها الولد[١] الحادث بينهما، وإنَّما يتبعها إذا كان موجودًا معها في أحدهما، مِنْ حُكْمِ ولدِ المعلَّقِ عتقُها بصفة، بناء على أنَّ التَّدبير تعليق بصفة.

وينبغي على هذا أن يخرَّج طريقة أخرى: أنَّه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف.

وإن كان موجودًا في أحد الحالين؛ فهل يتبعها؟ على وجهين؛ بناء على أنَّ التَّدبير وصيَّة.

وحكم ولد الموصى بها كذلك عند الأصحاب.

ومنها: لو جحد السَّيِّد التَّدبير؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّه ليس برجوع.

وقال الأصحاب: إن قلنا: هو عتق بصفة؛ لم يكن رجوعًا، وإن قلنا: هو وصيَّة؛ فوجهان؛ بناء على أن جحد الموصي الوصيَّة؛ هل هو[٢] رجوع أم لا.

(١) قوله: (الولد) سقط من (أ) و(د).

(٢) قوله: (هو) سقط من (أ).

[١٤] نفقة الحامل[١]؛ هل هي واجبة لها أو لحملها؟

في المسألة روايتان مشهورتان، أصحُّهما: أنَّها للحمل، وهي اختيار الخرقيِّ وأبي بكر.

وينبني عليهما فوائد:

منها: إذا كان أحد الزَّوجين رقيقًا؛ فإن قلنا: النَّفقة للزَّوجة؛ وجبت لها(١) على الزَّوج؛ لأنَّ نفقة زوجة العبد عليه(٢) في كسبه أو تتعلَّق برقبته، حكاه(٣) ابن المنذر إجماعًا.

وفي «الهداية»: نفقة زوجته على سيِّده، فتجب ههنا على السَّيِّد.

وإن قلنا: للحمل؛ لم تجب عليه؛ لأنَّه إن كان هو الرَّقيقَ؛ فلا يجب عليه نفقة أقاربه، وإن كانت هي الرَّقيقةَ؛ فالولد مملوك لسيِّد الأمة؛ فنفقته على مالكه.

ومنها: إذا كان الزَّوج معسرًا؛ فإن قلنا: النَّفقة للزَّوجة؛ وجبت عليه.

---

[١] كتب في هامش (د): (قال ابن عقيل في التذكرة: وهل تجب نفقة الحامل لأجل الحمل؟ على روايتين، أصحُّهما أنَّها لها لأجل الحمل).

---

(١) في (ب): لهما.

(٢) قوله: (عليه): سقط من (ب) و(ج) و(و) و(ن).

(٣) في (ب) و(ج): حكاها.

وإن قلنا: للحمل؛ لم تجب؛ لأنَّ نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزَّوجة[١].

ومنها: لو مات الزَّوج؛ فهل يلزم أقاربَه النَّفقةُ؟ إن قلنا: هي للحمل؛ لزمت الورثة.

وإن قلنا: للزَّوجة؛ لم تلزمهم(١) بحال.

ومنها: لو غاب الزَّوج؛ فهل تثبت النَّفقة في ذمَّته؟ فيه طريقان:

أحدهما: إن قلنا: هي للزَّوجة؛ ثبتت في ذمَّته، ولم تسقط بمضي الزَّمان على المشهور من المذهب.

وإن قلنا: هي للحمل؛ سقطت؛ لأنَّ نفقة الأقارب لا تثبت في الذِّمَّة.

والثَّاني: لا تسقط بمضي الزَّمان على الرِّوايتين، وهي طريقة «المغني»، وعلَّل: بأنَّها مصروفة إلى الزَّوجة، ويتعلَّق(٢) حقُّها بها؛ فهي كنفقتها، ويشهد له قول الأصحاب: لو لم ينفق عليها يظنُّها حائلًا، ثمَّ بانت(٣) حاملًا؛ لزمه نفقة الماضي.

---

[١] كتب على هامش (و): (إذا كان أبوه مفقودًا بالقرب أو معسرًا، فإن قلنا: النفقة للحمل؛ وجب على الجد النفقة كما لو كان منفصلًا، ذكره القاضي في تعليقه، قال الشيخ أبو البركات: وهذا يدل على أنها تجب على من تلزمه نفقته منفصلًا).

---

(١) في (ب) و(ج): يلزمهم.
(٢) في (أ): تتعلَّق.
(٣) في (ب) و(ن): فبانت.

ومنها: إذا اختلعت الحامل بنفقتها؛ فهل يصحُّ جعل النَّفقة عوضًا للخلع؟

قال الشِّيرازيُّ: إن قلنا: النَّفقة لها؛ صحَّ، وإن قلنا: للحمل؛ لم يصحَّ؛ لأنَّها لا تملكها.

وقال القاضي والأكثرون: يصحُّ على الرِّوايتين؛ لأنَّها مصروفة إليها، وهي المنتفعة بها(١).

ومنها: لو نشزت الزَّوجة حاملًا، فإن قلنا: نفقة الحامل لها؛ سقطت بالنُّشوز.

وإن قلنا: للحمل؛ لم تسقط به.

ومنها: الحامل من وطء الشُّبهة أو نكاح فاسد؛ هل تجب نفقتها على الواطئ؟

إن قلنا: النَّفقة لها؛ لم تجب؛ لأنَّ النَّفقة لا تجب للموطوءة بشبهة ولا نكاح فاسد؛ لأنَّه لا يتمكَّن من الاستمتاع بها(٢)، إلَّا أن يسكنها في منزل يليق بها تحصينًا لمائه؛ فيلزمها ذلك، ذكره[١] في «المحرَّر»(٣)، وتجب النَّفقة لها حينئذٍ(٤)، ذكره الشَّيخ تقيُّ الدِّين.

---

[١] كتب على هامش (ن): (أي: لزوم السكنى).

---

(١) من قوله: (ومنها: إذا اختلعت الحامل بنفقتها) إلى هنا سقط من (أ) و(د) و(و).

(٢) قوله: (لأنَّه لا يتمكَّن من الاستمتاع بها) سقط من (ب).

(٣) قوله: (ذكره في المحرَّر) سقط من (ب).

(٤) قوله: (وتجب النفقة لها حينئذ) هو في (ب): (وتجب لها النفقة).

وإن قلنا: النَّفقة للحمل؛ وجبت؛ لأنَّ النَّسب لاحق بهذا الوطء، ونصَّ أحمد في رواية ابن الحكم على وجوب النَّفقة لها.

وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: يتوجَّه وجوب النَّفقة لها مطلقًا من غير حمل؛ كما يجب لها المهر المسمَّى، ويتقرَّر بالخلوة على المنصوص؛ ولأنَّها[(١)] محبوسة عليه في العقد الفاسد، ولا تتزوَّج عندنا[(٢)] بدون طلاقه. وقاسه على العبد المقبوض بعقد فاسد.

ولو ألزم حاكم بالنَّفقة في النِّكاح الفاسد المختلف فيه لاعتقاده صحَّته؛ فللزَّوج الرُّجوع بالنَّفقة عند من يرى فساده، ذكره القاضي في «المجرَّد».

وذكر صاحب «المغني» احتمالًا بعدم الرُّجوع؛ لأنَّه نقض للحكم المختلف فيه، ولا يجوز ما لم يخالف كتابًا أو إجماعًا.

وذكر في «المغني» أيضًا: أنَّه إذا[(٣)] أنفق في النِّكاح الفاسد من غير حاكم؛ لم يرجع؛ لأنَّه إن علم فساده[(٤)]؛ كان متبرعًا، وإن لم يعلم؛ فهو مفرط[(٥)].

---

(١) في (ب): لأنها.
(٢) في (ب): عندها.
(٣) في (أ): لو. مكان قوله: (أنه إذا).
(٤) في (أ): بفساده.
(٥) في (ب) و(ن): كان مفرطًا. قوله: (إن علم فساده؛ كان متبرعًا، وإن لم يعلم؛ فهو مفرط) هو في (ج) بعد قوله: (بعدم الرُّجوع).

ومنها: لو كان الحمل موسرًا؛ بأن يوصَى له بشيء فيقبله الأب؛ فإن قلنا: النَّفقة له؛ سقطت نفقته عن أبيه.

وإن قلنا: لأمِّه؛ لم تسقط، ذكره القاضي في «خلافه».

ومنها: لو دفع إليها النَّفقة، فتلفت بغير تفريط؛ فإن قلنا: النَّفقة لها؛ لم يلزمه بدلها.

وإن قلنا: للحمل؛ وجب إبدالها؛ لأنَّ ذلك حكم نفقة الأقارب.

ومنها: لو أعتق الحاملَ من ملك يمينه؛ فهل تلزمه[1] نفقتها؟ إن قلنا: النَّفقة لها؛ لم تجب إلَّا حيث يجب نفقة العتيق[2].

وإن قلنا[3]: النَّفقة للحمل؛ وجبت بكلِّ حال.

ومنها: فطرة المطلَّقة الحامل، إن قلنا: النَّفقة لها؛ وجبت لها الفطرة.

وإن قلنا: للحمل؛ ففطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصَّحيح.

ومنها: هل تجب السُّكنى للمطلَّقة الحامل؟ إن قلنا: النَّفقة لها، فلها السُّكنى أيضًا.

وإن قلنا: للحمل؛ فلا سكنى لها، ذكره الحلوانيُّ في «التَّبصرة».

---

(١) في (ب): يلزمه.

(٢) في (ب) و(و): العتق.

(٣) قوله: (قلنا) سقط من (أ).

ومنها: نفقة المتوفَّى عنها إذا كانت حاملًا، وفي وجوبها روايتان، بناهما ابن الزَّاغونيِّ على هذا الأصل؛ قال: (فإن قلنا: النَّفقة للحمل؛ وجبت من التَّركة، كما لو كان الأب حيًّا، وإن قلنا: للمرأة؛ لم يجب).

وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ نفقة الأقارب لا تجب بعد الموت.

والأظهر: أنَّ الأمر بالعكس، وهو أنَّا إن قلنا: النَّفقة للحمل؛ لم تجب للمتوفَّى عنها لهذا المعنى، وإن قلنا: للمرأة؛ وجبت؛ لأنَّها محبوسة على الميِّت لحقه، فتجب نفقتها من ماله، وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحمل: هل له حكم أم لا؟[(١)].

ومنها: البائن في الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملًا؛ فلها النَّفقة.

وحكى الحلوانيُّ وابنه رواية: أنَّه لا نفقة لها؛ كالمتوفَّى عنها، وخصَّها ابنه بالمبتوتة بالثَّلاث، وبناها على أنَّ النَّفقة للمرأة، والمبتوتة لا تستحقُّ نفقة، وإنَّما تستحقُّ النَّفقة إذا قلنا: هي للحمل.

وهذا متوجِّه في القياس، إلَّا أنَّه ضعيف مخالف للنَّصِّ[(٢)] والإجماع - فيما أظنُّ -[(٣)]، ووجوب النَّفقة للمبتوتة الحامل يرجِّح القول بأنَّ

(١) ينظر: القاعدة (٨٤)، (٢/ ١١٩).

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ﴾ [الطَّلَاق: ٦].

(٣) ونقل الإجماع عليه ابن قدامة في المغني (٨/ ٢٣٢).

النَّفقة للحمل.

ومنها: لو تزوَّج امرأة على أنَّها حرَّة، فبانت أمة، وهو ممَّن يباح له نكاح الإماء، ففسخ بعد الدُّخول وهي حامل منه؛ ففي كتاب[١] النِّكاح من «المجرَّد»: هو كالنِّكاح الفاسد؛ إن قلنا: النَّفقة للحمل؛ وجبت على الزَّوج، وإن قلنا: للحامل؛ لم تجب عليه.

وذكر في النَّفقات ما يدلُّ على وجوبها عليه على الرِّوايتين، وهو الصَّحيح؛ لأنَّ هذا نكاح صحيح؛ فيلزم فيه النَّفقة، وفي عدَّته.

ومنها: لو وُطِئتِ الرَّجعيةُ بشبهة أو نكاح فاسد، ثمَّ بان بها حمل يمكن أن يكون من الزَّوج والواطئ؛ فيلزمها أن تعتدَّ بعد وضعه عدَّة الوطء.

فأمَّا[٢] نفقتها في مدَّة العدَّة:

فإن قلنا: النَّفقة للحمل؛ فعليهما النَّفقة عليها حتَّى تضع؛ لأنَّ الحمل لأحدهما يقينًا، ولا نعلم عينه، ولا ترجع المرأة على الزَّوج بشيء من الماضي.

وإن قلنا: النَّفقة للحامل؛ فلا نفقة لها على واحد منهما مدَّة الحمل؛ لأنَّه يحتمل أنَّه من الزَّوج؛ فيلزمه النَّفقة، ويحتمل أنَّه من الآخر؛ فلا نفقة لها؛ فلا تجب بالشَّكِّ.

فإذا وضعته؛ فقد علمنا أنَّ النَّفقة على أحدهما، وهو غير معيَّن؛ فيلزمهما جميعًا النَّفقة حتَّى ينكشف الأب منهما، وترجع المرأة على

---

(١) قوله: (كتاب) سقط من (أ).

(٢) في (أ): وأمَّا.

الزَّوج بعد الوضع بنفقة أقصر المدَّتين من مدَّة الحمل، أو قدر ما بقي من العدَّة بعد الوطء الفاسد؛ لأنَّها تعتدُّ عنه بأحدهما قطعًا، ثمَّ إذا زال الإشكال، وألحقته القافة بأحدهما بعينه؛ عُمل بمقتضى ذلك، فإن كان معها وفق حقِّها من النَّفقة، وإلَّا رجعت على الزَّوج بالفضل.

ولو كان الطَّلاق بائنًا؛ فالحكم كما تقدَّم في جميع ما ذكرنا، إلَّا في مسألة واحدة، وهي أنَّه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزَّوج، سواء قلنا: النَّفقة للحمل أو للحامل؛ لأنَّ النَّفقة لا تستحقُّ مع البينونة إلَّا بالحمل، وهو غير متحقِّق هنا أنَّه منه، بخلاف الرَّجعيَّة، ذكر ذلك القاضي في «المجرَّد».

ولو قيل في صورة الرَّجعيَّة: إذا قلنا: النَّفقة للحمل؛ إنَّها تجب على من خرجت عليه القرعة من الزَّوج والواطئ، وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما؛ لتوجُّه، إلَّا أن يقال: يحتمل أن يكون منهما جميعًا؛ فتمتنع القرعة على أحدهما لذلك.

ومتى ثبت نسبه من أحدهما؛ فقال[١] القاضي في موضع من «المجرَّد»: يرجع عليه الآخر بما أنفق؛ لأنَّه لم ينفق متبرِّعًا.

وقيَّده في موضع آخر منه: بأن يشرط الرُّجوع وينفق بإذن الحاكم، فإن شرط الرُّجوع وأنفق بغير إذن حاكم؛ فعلى روايتين؛ كقضاء الدَّين، وقد ذكرنا ذلك مستوفًى في القواعد[٢]، والصَّحيح هنا: الرُّجوع

(١) في (ب): قال.
(٢) ينظر: القاعدة (٧٥)، (١/ ٥٤٣).

مطلقًا[١]؛ لأنه واجب عليه في الظَّاهر.

وقد ذكر صاحب «المغني»: أنَّ الملاعِنة لو أنفقت على الولد ثمَّ استلحقه الملاعِن؛ رجعت عليه؛ لأنَّها إنَّما أنفقت لظنِّها أنَّه لا أب له.

وأمَّا إذا قلنا: النَّفقة للحامل؛ فإنَّما لم تجب لها النفقة(١) على واحد منهما؛ لأنَّ الحامل لا نفقة لها على الواطئ بشبهة أو في(٢) نكاح فاسد؛ كما سبق، والزَّوج ليس بمتمكِّن من الاستمتاع بها في حال الحمل؛ لأنَّ الرَّجعيَّة إذا حملت في عدَّتها من شبهة؛ انقطعت عدَّة الزَّوج في(٣) مدَّة الحمل، وحرم على الزَّوج الاستمتاع بها.

وهل له رجعتها في هذه المدَّة؛ لبقاء(٤) بقيَّة عدَّته عليها؟ على وجهين.

وجزم(٥) القاضي في «خلافه» بالمنع.

ورجَّح صاحب «المغني» الجواز.

---

[١] كتب على هامش (و): (وقيده الشافعية: بألَّا يكون المنفق مدعيًا للولد؛ فإنه بزعمه إنما أنفق على ولده).

---

(١) قوله: (فإنما لم تجب لها النفقة) هو في (ب): (فإنَّها لم تجب). وفي (د) و(و): وإنما لم تجب لها النَّفقة.

(٢) قوله: (في) سقط من (ب).

(٣) في (ب) و(د) و(هـ): من.

(٤) قوله: (لبقاء) سقط من (ب).

(٥) في (ب): جزم.

وعلى الوجهين: لا نفقة لها؛ لتحريم الاستمتاع بها على الزَّوج، سواء كانت مكَّنت من الوطء أو لا، فإنَّه لو غصبها غاصب؛ فلا نفقة لها.

[١٥] القتل العمد؛ هل موجَبُه القَوَدُ عينًا، أو أحد أمرين؟

في المسألة روايتان، وقد سبق ذكرهما وفوائدهما في القواعد بما يغني عن إعادتها هنا[١].

(١) ينظر: القاعدة (١٣٧)، (٣/ ١٤).

[١٦] المرتد؛ هل يزول ملكه بالرِّدَّة أم لا؟

في المسألة روايتان:

إحداهما: لا يزول ملكه؛ بل هو باقٍ عليه؛ كالمستمرِّ على عصمته.

والثَّانية: يزول، وفي وقت زواله روايتان:

إحداهما: من حين موته مرتدًّا.

والثَّانية: من حين ردَّته، فإن أسلم؛ أعيد إليه ماله ملكًا جديدًا، وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى.

وفيه رواية ثالثة: أنَّا نتبيَّن بموته مرتدًّا زوال ملكه من حين الرِّدَّة.

ولهذا الاختلاف فوائد كثيرة:

منها: لو ارتدَّ في أثناء حول الزَّكاة:

فإن قلنا: زال ملكه بالرِّدَّة؛ انقطع الحول بغير تردُّد.

وإن قلنا: لا يزول؛ فالمشهور: أنَّ الزَّكاة لا تجب عليه، وإن عاد إلى الإسلام؛ فينقطع الحول أيضًا؛ لأنَّ الإسلام من شرائط وجوب الزَّكاة؛ فيعتبر وجوده في جميع الحول.

وحكى ابن شاقلا رواية: أنَّه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأحوال، واختارها ابن عقيل.

وإن ارتدَّ بعد الحول؛ لم يسقط عنه، إلَّا إذا عاد إلى الإسلام وقلنا: إنَّ المرتدَّ لا يلزمه قضاء ما تركه قبل الرِّدَّة من الواجبات، والصَّحيح من المذهب خلافه.

ومنها: لو ارتدَّ المعسر، ثمَّ أيسر في زمن الرِّدَّة، ثمَّ عاد إلى الإسلام وقد أعسر:

فإن قلنا: إنَّ ملكه يزول بالرِّدَّة؛ لم يلزمه الحجُّ باليسار السَّابق.

وإن قلنا: لا يزول ملكه؛ فهل يلزمه الحجُّ بذلك اليسار؟ ينبني على وجوب العبادات عليه في حال الرِّدَّة، وإلزامه قضاءها بعد عوده إلى الإسلام، والصَّحيح: عدم الوجوب؛ فلا يكون بذلك مستطيعًا.

ومنها: حكم تصرُّفاته بالمعاوضات والتَّبرُّعات وغيرها:

فإن قلنا: لا يزول ملكه بحال، فهي صحيحة نافذة.

وإن قلنا: يزول بموته؛ أُقِرَّ المال بيده في حياته، ونُفِّذت معاوضاته، ووُقِفَت تبرُّعاته المنجزة والمعلَّقة بالموت، فإذا مات؛ رُدَّت كلُّها وإن لم تبلغ الثُّلث؛ لأنَّ حكم الرِّدَّة حكم المرض المَخُوفِ، وإنَّما لم تنفذ من ثلثه؛ لأنَّ ماله يصير فيئًا بموته مرتدًّا.

وإن قلنا: يزول ملكه في الحال؛ جُعِل في بيت المال، ولم يصحَّ تصرُّفه فيه بحال، لكن إن أسلم؛ رُدَّ إليه ملكًا جديدًا.

وإن قلنا: هو موقوف مراعًى؛ حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرُّفاته كلُّها، فإن أسلم؛ أمضيت، وإلَّا تبيَّنا فسادها.

تنبيه:

إنَّما تبطل[١] تصرُّفاته لنفسه في ماله، فلو تصرَّف لغيره بالوكالة؛ صحَّ، ذكره القاضي وابن عقيل؛ لأنَّ إبطال تصرُّفاته[٢] إنَّما هو لزوال ملكه، ولا أثر لذلك في تصرُّفه بالوكالة.

نعم، لو كان قد[٣] وكَّل وكيلًا ثمَّ ارتدَّ، وقلنا: يزول ملكه؛ بطلت وكالته.

ولو تصرَّف لنفسه بنكاح؛ لم يصحَّ؛ لأنَّ الرِّدَّة تمنع الإقرار على النِّكاح.

وإن زوَّج موليَّته؛ لم يصحَّ؛ لزوال ولايته بالرِّدَّة، حتَّى على أمته الكافرة.

ومنها: لو باع شقصًا مشفوعًا في الرِّدَّة، فإن حكمنا بصحَّة بيعه؛ أخذ منه بالشُّفعة، وإلَّا فلا.

ولو بيع في زمن ردَّته شقص في شركته، فإن قلنا: ملكه باق؛ أخذ بالشُّفعة، وإلَّا فلا.

ومنها: لو حاز مباحًا، أو عمل عملًا بأجرة؛ فإن قلنا: ملكه باق؛ ملك ذلك، وإن قلنا: زال ملكه؛ لم يملكه.

فإن عاد إلى الإسلام بعد ذلك؛ فهل يعود ملكها إليه؟ فيه احتمالان

---

(١) (أ) و(ج): يبطل.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): تصرُّفه.

(٣) قوله: (كان قد) سقط من (ب).

مذكوران في «المغني».

ومنها: الوصيَّة له، وفي صحَّتها وجهان، بناء على زوال ملكه وبقائه، فإن قلنا: زال ملكه؛ لم تصحَّ[(١)] الوصيَّة له، وإلَّا صحَّت.

ومنها: ميراثه؛ فإن قلنا: لا يزول ملكه بحال؛ فهو لورثته من المسلمين، أو مِن أهل دينه الَّذي اختاره على اختلاف الرِّوايتين في ذلك.

وإن قلنا: يزول ملكه من حين الرِّدَّة أو بالموت؛ فماله فيء، ليس لورثته منه شيء.

ومنها: نفقة من تلزمه نفقته؛ فإن قلنا: ملكه باقٍ ولو في حياته[(٢)]، أو مراعًى مدَّة الرِّدة[(٣)]؛ أنفق عليهم من ماله.

وإن قلنا: زال بالرِّدَّة؛ فلا نفقة لهم منه في مدَّة الرِّدَّة؛ لأنَّه لا يملكه.

ومنها: قضاء ديونه، وهو كالنَّفقة؛ فتقضى[(٤)] ديونه على الرِّوايات كلِّها، إلَّا على رواية زوال ملكه من حين الرِّدَّة؛ فلا يقضى منه الدُّيون المتجدِّدة في الرِّدَّة، وتقضى منه الدُّيون الماضية؛ فإنَّه إنَّما يكون فيئًا ما فَضَل عن أداء ديونه ونفقات من تلزمه نفقته؛ لأنَّ هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها؛ فتؤخذ من ماله، ويصير الباقي فيئًا.

---

(١) في (ب): يصحَّ.
(٢) قوله: (في حياته) ضرب عليه في (ب).
(٣) زاد في (ب): (في حياته) ضرب عليه في (أ).
(٤) في (أ): فيقضي.

ومنها: لو دبَّر عبدًا، ثمَّ ارتدَّ السَّيِّد، ثمَّ عاد إلى الإسلام؛ فإن قلنا: لا يزول ملكه؛ فالتَّدبير بحاله.

وإن قلنا: زال ملكه؛ انبنى على أنَّ زوال الملك عن المدبَّر؛ هل يبطل تدبيره أم لا؟ وجزم ابن أبي موسى ببطلان تدبيره.

[١٧] الكفَّار؛ هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا؟

المذهب عند القاضي: أنَّهم يملكونها من غير خلاف.

والمذهب عند أبي الخطَّاب في «انتصاره»: أنَّهم لا يملكونها، وقد نقل أبو طالب عن أحمد ما يدلُّ على ذلك(١).

وحكى طائفة روايتين في المسألة، منهم ابن عقيل في «فنونه» و«مفرداته»، وصحَّح فيها عدم الملك.

وذكر الشَّيخ تقيُّ الدِّين: أنَّ أحمد لم ينصَّ على الملك ولا على عدمه، وإنَّما نصَّ على أحكامٍ أُخِذَ منها ذلك(٢).

والصَّواب: أنَّهم يملكونها ملكًا مقيَّدًا، لا يساوي أملاك المسلمين من كلِّ وجه.

ولهذا الخلاف فوائد:

منها: أنَّ من وَجَد من المسلمين عينَ مالِه قبل القسمة؛ أخذه مجَّانًا بغير عوض.

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٣٦١).

(٢) في (ب): ذلك منها.

وإن وجده بعد القسمة؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّه لا يأخذه بغير عوض[(١)].

وهل يسقط حقُّه منه بالكليَّة، أو يكون أحقَّ به بالثَّمن؟ على روايتين، واختار أبو الخطَّاب: أنَّه أحقُّ به مجَّانًا بكلِّ حال.

وقد قال أحمد في رواية أبي طالب: هذا هو القياس؛ لأنَّ الملك لا يزول إلَّا بهبة أو صدقة، لكنَّ عمر قال: «لا حقَّ له»[(٢)].

ومنها: إذا قلنا: يملكون أموال المسلمين، فغُنِمت منهم، ولم تعلم أربابها من المسلمين؛ فإنَّه يجوز قسمتها والتَّصرُّف فيها.

ومن قال: لم يملكوها، فقياس قوله أنَّه لا تجوز قسمتها ولا التَّصرُّف فيها، بل توقف كاللُّقطة، ذكره صاحب «المغني» وغيره.

وأمَّا ما عرف مالكه من المسلمين؛ فإنَّه لا تجوز قسمته، بل يردُّ إليه على القولين، ونصَّ عليه أحمد في رواية غير واحد[(٣)].

وقيَّد ذلك في رواية أبي داود: فيما[(٤)] إذا كان مالكه[(٥)] بالقرب[(٦)].

---

(١) جاء في مسائل ابن هانئ (٢/ ١٢٤): (وسُئِلَ عن العبد يأبق، والفرس يشرد، فيصيران في بلاد الروم، فيؤخذان فيباعان في المقسم، فيجيء المولى أو صاحب الفرس، فهل يفرق بينهما قبل البيع أو بعد؟ قال أبو عبد الله: كل هذا يصير إلى المولى ما لم يقسم، فإذا قسم فهو أحق بالثمن).

(٢) رواه عبد الرزاق (٩٣٥٤)، وسعيد بن منصور (٢٧٩٩)، والبيهقي (١٨٢٥٥).

(٣) ينظر: مسائل ابن هانئ (٢/ ١٢٤).

(٤) في (ب): بما.

(٥) قوله: (مالكه) سقط من (أ) و(د) و(هـ) و(و).

(٦) ينظر: مسائل أبي داود (ص: ٣٢٦).

ومنها: إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين؛ فهي لهم، نصَّ عليه أحمد، وقال في رواية أبي طالب: (ليس بين النَّاس اختلاف في ذلك)، وهذا متنزِّل[١] على القول بالملك.

فإن قيل: لا يملكونها؛ فهي لربِّها متى وجدها، وقاله أبو الخطَّاب في «انتصاره».

ونفى صاحب «المغني» الخلاف في المذهب في المسألة[٢]، فكأنَّه ظنَّ أنَّ أبا الخطَّاب وافق عليها؛ فإنَّه لم يقف على «الانتصار»، ولعلَّ مأخذه: أنَّ الشَّارع ملَّك الكافر بإسلامه ما في يده من أموال المسلمين بقوله: «من أسلم على شيء؛ فهو له»[٣]، فهذا تمليك جديد يملكونها به، لا بالاستيلاء الأوَّل، والله أعلم.

وقد قيل: إنَّ هذا يرجع إلى أنَّ كلَّ ما قبضه الكفَّار من الأموال وغيرها قبضًا يعتقدون جوازه، فإنَّه يستقرُّ لهم بالإسلام؛ كالعقود الفاسدة والأنكحة والمواريث وغيرها، ولهذا لا يضمنون ما أتلفوه على المسلمين من النُّفوس والأموال بالإجماع.

ومنها: لو كان لمسلمٍ أمتان أختان، فأَبَقَت إحداهما إلى دار الحرب، فاستولوا عليها؛ فله وطء الباقية عنده؛ لأنَّ ملكه زال عن أختها.

---

(١) في (أ): يتنزل.

(٢) قوله: (في المسألة) سقط من (ب).

(٣) رواه أبو يعلى الموصلي (٥٨٤٧)، والبيهقي (١٨٢٥٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وقياس قول أبي الخطَّاب: لا يجوز حتَّى يحرِّم الآبقة بعتق أو نحوه[(١)]؛ لأنَّه يمنع من وطء إحدى الأختين ابتداء قبل تحريم[(٢)] الأخرى.

ومنها: لو استولى العدو على مال مسلم، ثمَّ عاد إليه[(٣)] بعد حولٍ أو أحوال:

فإن قلنا: ملكوه؛ فلا زكاة عليه لما مضى من المدَّة بغير خلاف.

وإن قلنا: لم يملكوه؛ فهل تلزمه زكاته لما مضى؟ على روايتين؛ بناء على زكاة المال المغصوب والضَّائع من ربِّه.

ومنها: لو أعتق المسلم عبدَه الَّذي استولى عليه الكفَّار، فإن قلنا: ملكوه؛ لم يعتق، وإلَّا عتق.

ومنها: لو سبى الكفَّار أمةً مزوَّجة بمسلم، فإن قلنا: يملكونها؛ فالقياس: أنَّه ينفسخ النِّكاح؛ لأنَّهم يملكون رقبتها ومنافعها، فيدخل فيه منفعة بُضعها، فينفسخ نكاح زوجها؛ كما ينفسخ نكاح الكافرة المسبيَّة لسَبْيِنَا[(٤)] لها لهذا المعنى.

ومن الأصحاب من علَّل انفساخ نكاح الكافرة المسبيَّة: بالجهل ببقاء زوجها؛ فيكون كالمعدوم، وعلى هذا يمتنع انفساخ النِّكاح ههنا.

---

(١) قوله: (أو نحوه) هو في (ب) و(ج): ونحوه.

(٢) قوله: (قبل تحريم) هو في (ب): حتى يحرم.

(٣) قوله: (إليه) ضرب عليه في (أ).

(٤) في (د) و(هـ): بسبينا.

وأبو الخطَّاب منع من انفساخ النِّكاح بالسَّبي بكلِّ حال، وهو قول شاذٌّ يخالف الكتاب والسُّنَّة[١].

والعين المُؤْجَرة كالأمة المزوَّجة سواء.

فأمَّا الزَّوجة الحرَّة؛ فلا ينفسخ النِّكاح بسببها؛ لأنَّهم لا يملكون الحرَّة بالسَّبي؛ فلا يملكون بضعها.

وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد[٢]: إذا سبيت المرأة ولها زوج، ثمَّ استنقذت؛ تعود إلى زوجها إن شاءت.

وهذا يدلُّ على انفساخ النِّكاح بالسَّبي، ووجهه: أنَّ منافع الحرِّ في حكم الأموال، ولهذا تضمن بالغصب على رأي؛ فجاز أن تملك بالاستيلاء، بخلاف عينه، لا سيَّما والاستيلاء سبب قويٌّ يملك به ما لا يملك بالعقود الاختياريَّة، ولهذا يملكون به المصاحف، والرَّقيق المسلمين، ويملكون به أمَّ الولد على رواية؛ فجاز أن يملكوا به منفعة بضع الحرَّة، ولا يلزم من ذلك إباحة وطئها لهم؛ لأنَّ تصرُّفهم في أموال المسلمين لا يباح[٣] لهم وإن قيل: إنَّهم يملكونها.

---

(١) أخرج مسلم (١٤٥٦) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ يوم حنين بعث جيشًا إلى أوطاس، فلقوا عدوًّا، فقاتلوهم فظهروا عليهم، وأصابوا لهم سبايا، فكأن ناسًا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين، فأنزل الله ﷻ في ذلك: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٤]، أي: فهن لكم حلال إذا انقضت عدتهن.

(٢) ينظر: مسائل ابن هانئ (١/ ٢١١).

(٣) في (أ): تباح.

وعلى هذا، فلو سَبَوْا حرًّا مستأجرًا لمسلم؛ انفسخت الإجارة أيضًا.

وقد تأوَّل الآمديُّ قول أحمد: (ترجع إليه إن شاءت) على أنَّ المراد إن شاءت ترجع إليه في العدَّة من وطء أهل الحرب، وإن شاءت اعتدت في موضع آخر؛ لأنَّ العدَّة ليست بحقٍّ له، وإنَّما هي حقٌّ عليها لزمها من غير جهته.

ولا يخفى(١) بُعْدُ هذا التَّأويل من كلام أحمد، وأنَّ كلامه لا يدلُّ عليه بوجه.

ومنها: لو استولى الكفَّار على مدبَّر لمسلم، ثمَّ عاد إلى سيِّده؛ فهل يبطل تدبيره؟

إن قلنا: إنَّهم لم يملكوه؛ لم يبطل.

وإن قلنا: ملكوه؛ انبنى على أنَّ المدبَّر إذا زال الملك فيه؛ فهل يبطل التَّدبير أم لا؟ على روايتين[١]، وجزم ابن أبي موسى ببطلانه ههنا.

فأمَّا المكاتب؛ فلا تبطل كتابته؛ لأنَّه يجوز بيعه ويبقى على كتابته.

وكذلك المرهون؛ لأنَّ الملك ينتقل فيه بالإرث وغيره، والرَّهن باقٍ.

---

[١] كتب على هامش (و): (الصحيح عدم البطلان؛ لأنه إذا عاد إليه عاد التدبير).

---

(١) قوله: (ولا يخفى) هو في (أ): ويخفى.

سؤال:

عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشُّفعة قهرًا، مع أنَّها معاوضة؛ فكيف يملك عليه قهرًا بغير عوض؟

الجواب عنه:

أنَّ الكفَّار لا يملكون أموال المسلمين بمجرَّد الاستيلاء على المنصوص عن أحمد(١)، بل بالحيازة إلى دارهم؛ فعلى هذا لا يثبت لهم تملُّك في دار الإسلام.

وعلى الرِّواية الأخرى المخرَّجة أنَّهم يملكونها بمجرَّد الاستيلاء؛ فالمستولى عليه إمَّا أن يكون عقارًا؛ فلا يتصوَّر استيلاؤهم عليه إلَّا أن تصير(٢) الدَّار دار حرب؛ فلا ملك لهم في دار الإسلام أيضًا.

وإمَّا أن يكون منقولًا؛ فالمنقول يخالف حكمه حكم العقار؛ لأنَّ العقار يختصُّ(٣) بدار الإسلام، والكافر ملتجئ إليها ومُسْتذِمٌّ ومتحقن بها، وليس من أهلها بالأصالة؛ فهو كالمستأجر مع المالك، ولهذا يمنع الكافر من إحياء موات دار الإسلام على قول، مع أنَّه زيادة عمارة، وليس الموات ملكًا لمعيَّن من المسلمين؛ فكيف يمكَّن من انتزاع ملك المسلم المعيَّن؟!

وإذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما يثبت(٤) له فيه حقٌّ

---

(١) ينظر: الروايتين والوجهين (٢/ ٣٦١).

(٢) قوله: (أن تصير) هو في (ب) وباقي النسخ: بمصير.

(٣) في (أ): تختص.

(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): ثبت.

رغبة، وإبطال حقِّه منه بعد سبقه إليه بالخِطبة على خِطبته والسَّوم على سومه، كما نص عليه أحمد استدلالًا بالحديث[١]، فكيف يُمَكَّن من نقض مِلك المسلم وانتزاعه منه[٢] قهرًا بعد ثبوت الملك له؟! هذا باطل قطعًا.

وهذا أحسن من الاستدلال بقوله: «وإذا لقيتموهم في طريق؛ فاضطروهم إلى أضيقه»[٣]، مع أنِّي لم أر أحدًا استدلَّ به.

وقد استدلَّ أحمد بحديث الطَّريق، وبالأمر بإخراجهم من جزيرة العرب[٤].

---

(١) ينظر: المغني (٧/ ١٤٦).
والمراد بالحديث: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى أن يبيع حاضر لباد، أو يتناجشوا، أو يخطُب الرجل على خِطبة أخيه، أو يبيع على بيع أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ ما في إنائها، أو ما في صحفتها»، وفي رواية لمسلم: «ولا يَسُم الرجل على سوم أخيه». أخرجه البخاري (٢٧٢٣، ٢٧٢٧)، ومسلم (١٤١٣) واللفظ له.

(٢) قوله: (منه) سقط من (أ).

(٣) أخرجه مسلم (٢١٦٧) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) جاء في أحكام أهل الملل (ص: ١١٥): (أخبرنا أحمد بن محمد بن حازم، قال: حدثنا إسحاق، أنه قال لأبي عبدالله، فقال: ليس لليهودي والنصراني شفعة. قيل: ولم؟ قال: لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»).
والحديث أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٨٩٢) عن ابن شهاب مرسلًا، وأصله في مسلم من حديث عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلمًا».

[١٨] الغنيمة؛ هل تملك بالاستيلاء المجرَّد، أم لا بدَّ معه من نيَّة التَّملُّك؟

المنصوص عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب: أنَّها تملك بمجرَّد الاستيلاء، وإزالة أيدي الكفَّار عنها.

وهل يشترط مع ذلك فعل الحيازة؛ كالمباحات أم لا؟ على وجهين.

وقال القاضي في «خلافه»: لا تملك بدون اختيار التَّملُّك، وتردَّد في الملك قبل القسمة؛ هل هو باق للكفَّار، أو أنَّ ملكهم انقطع عنها؟

وينبني على هذا الاختلاف فوائد عديدة:

منها: جريانه في حول الزَّكاة، فإن كانت الغنيمة أجناسًا؛ لم ينعقد عليها حول بدون القسمة وجهًا واحدًا؛ لأنَّ حقَّ الواحد منهم لم يستقرَّ في جنس معيَّن.

وإن كانت جنسًا واحدًا، فوجهان:

أحدهما: ينعقد الحول عليها بالاستيلاء، بناء على حصول الملك به، قاله القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل.

والثَّاني: لا ينعقد بدون القسمة، قاله القاضي في «خلافه»، وحكاه عن أبي بكر، وبناه على أنَّ الملك لا يثبت فيها بدون اختيار

التَّملُّك[١] لفظًا.

وهذا بعيد؛ لأنَّ أبا بكر يقول بنفوذ العتق قبل القسمة، ولأنَّه لو كان كذلك؛ لانعقد الحول عليها باختيار التَّملُّك دون القسمة؛ إذ القسمة بمجرَّدها لا تفيد الملك عند القاضي.

وإنَّما مأخذ أبي بكر: أنَّ استحقاق الغانمين ليس على وجه الشَّركة المحضة، ولذلك لا يتعيَّن حقُّ أحد منهم في شيء منها[٢] بدون حصوله له بالقسمة؛ فلا ينعقد عليها الحول قبلها؛ كما لو كانت أصنافًا.

ومنها: لو أعتق أحد الغانمين رقيقًا من المغنم بعد ثبوت رقِّه، أو كان فيهم[٣] من يعتق عليه بالملك؛ عتق إن كان بقدر حقِّه، وإن كان حقُّه دونه؛ فهو كمن أعتق شقصًا من عبد، نصَّ عليه أحمد في رواية المروذيِّ وابن الحكم، واختاره أبو بكر والقاضي في «المجرَّد».

وقال في «الخلاف»: لا يعتق حتَّى يسبق تملُّكه لفظًا، ووافقه أبو الخطَّاب في «انتصاره»، لكنَّه أثبت الملك بمجرَّد قصد التَّملُّك.

واختار صاحب «المحرَّر» المنصوص فيما إذا كانت الغنيمة جنسًا واحدًا، وقول القاضي فيما إذا كانت أجناسًا؛ كما سبق في الزَّكاة[٤].

وفي «الإرشاد» لابن أبي موسى: (إن أعتق جارية معيَّنة قبل

---

(١) في (ب): التَّمليك.

(٢) في (ب): منهما.

(٣) في (ب): بهم.

(٤) ينظر: الفرع الأول من هذه الفائدة.

القسمة؛ لم تعتق، فإن حصلت له بعد ذلك بالقسمة؛ عتقت).

قال: (وإن كان في السَّبي من يعتق عليه بالملك؛ عتق عليه إن كان بقدر حصَّته، وإلَّا عتق منه بقدر حصَّته)، فكأنَّه جعله عتقًا قهريًّا؛ كالإرث، وفرَّق بينه وبين العتق الاختياري.

ومنها: لو استولد أحد الغانمين جارية من السَّبي قبل القسمة؛ فالمنصوص: أنَّها تصير أمَّ ولد له، ويضمن لبقيَّة الغانمين حقوقهم منها.

وقال القاضي في «خلافه»: لا تصير مستولدة له، وإنَّما يتعيَّن حقُّه فيها؛ لأنَّ حملها بحُرٍّ يمنع بيعها وقسمتها، وفي تأخير قسمتها حتَّى تضع ضررٌ على أهل الغنيمة؛ فوجب تسليمها إليه من حقِّه. وهذا بعيد جدًّا.

ولأبي الخطَّاب في «انتصاره» طريقة[1] أخرى: وهي أنَّه إنَّما نفذ استيلادها لشبهة الملك فيها، وإن لم ينفذ إعتاقها، كما ينفذ استيلاد الأب في أمة ابنه دون إعتاقها.

وهو أيضًا ظاهر ما ذكره صاحب «المحرَّر».

وحكى في تعليقه على «الهداية» احتمالًا آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنسًا واحدًا أو أجناسًا؛ كما ذكره في العتق.

ومنها: لو أتلف أحد الغانمين شيئًا من الغنيمة قبل القسمة، فإن قلنا: الملك ثابت فيها؛ فعليه ضمان نصيب شركائه خاصَّة، ونصَّ عليه

(١) في (أ): طريق.

أحمد في الاستيلاد.

وإن قلنا: لم يثبت الملك فيها؛ فعليه ضمان جميعها.

ومنها: لو أسقط الغانم حقَّه قبل القسمة؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أنَّه مبنيٌّ على الخلاف، فإن قلنا: ملكوها؛ لم يسقط الحقُّ بذلك، وإلَّا سقط، وهو ظاهر ما ذكره القاضي في «خلافه».

والثَّاني: يسقط على القولين؛ لضعف الملك، وعدم استقراره، وهو ما ذكر صاحبا[(١)] «التَّرغيب» و«المحرَّر».

ومنها: لو مات أحدهم قبل القسمة والاختيار؛ فالمنصوص: أنَّ حقَّه ينتقل إلى ورثته.

وظاهر كلام القاضي: أنَّه وافق على ذلك، وجعل الموروث هو الحقَّ دون المال.

وفي «التَّرغيب»: إن قلنا: لا يملك بدون الاختيار، فمن مات قبله؛ فلا شيء له، ولا يورث عنه؛ كحقِّ الشُّفعة، ويحتمل أن يقال على هذا: يكتفي بالمطالبة في ميراث الحقِّ؛ كالشُّفعة.

ومنها: لو شهد أحد الغانمين بشيء من المغنم قبل القسمة، فإن قلنا: قد ملكوا؛ لم تقبل؛ كشهادة أحد الشَّريكين للآخر، وإن قلنا: لم يملكوا؛ قُبلت، ذكره القاضي في «خلافه».

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: وفي قبولها نظر؛ وإن قلنا: لم يملكوا؛ لأنَّها شهادة تجرُّ نفعًا.

---

(١) في (أ) و(ج): صاحب.

قلت: هذا ذكره القاضي في مسألة ما إذا وطئ أحد الغانمين جارية من المغنم، وذكر في مسألة السَّرقة من بيت المال والغنيمة: أنَّه لا تقبل شهادة أحد الغانمين بمال الغنيمة مطلقًا، وهو الأظهر، والله أعلم(١).

(١) قوله: (والله أعلم) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

[١٩] القسمة؛ هل هي إفراز أو بيع؟

المذهب: أنَّ قسمة الإجبار - وهي ما لا يحصل فيه ردُّ عوض من أحد الشَّريكين ولا ضرر عليه[(١)] -؛ إفراز لا بيع.

وذهب ابن بطَّة: إلى أنَّها كالبيع في أحكامه[(٢)].

قال الشَّيخ مجد الدِّين: (الَّذي يتحرَّر عندي فيما فيه ردٌّ: أنَّه بيع فيما يقابل الرَّدَّ، وإفراز في الباقي؛ لأنَّ الأصحاب[(٣)] قالوا في قسمة الطَّلق عن الوقف: إذا كان فيها ردٌّ من جهة صاحب الوقف؛ جاز؛ لأنَّه يشترى به الطَّلق، وإن كان من جهة صاحب الطَّلق؛ لم يجز).

ويتفرَّع على الاختلاف في كونها إفرازًا أو بيعًا فوائد كثيرة:

منها: لو كان بينهما ماشية مشتركة، فقسَّماها[(٤)] في أثناء الحول، واستداما خلطة الأوصاف، فإن قلنا: القسمة إفراز؛ لم ينقطع الحول

---

(١) قوله: (قسمة الإجبار: وهي ما لا يحصل فيه ردُّ عوض من أحد الشَّريكين ولا ضرر عليه) هو في (ب): (القسمة)، وزاد في (ن): فيه.

(٢) زاد في (ج) و(د) و(و): وحكى الآمديُّ روايتين. وزاد في (هـ) و(ن): وحكى الآمديُّ روايتين، فأمَّا ما كان فيه ردُّ عوض؛ فهو بيع.

(٣) في (ب) وباقي النسخ: أصحابنا.

(٤) في (أ): فقسمها. وفي (ج) و(د) و(هـ): فاقتسماها.

بغير خلاف، وإن قلنا: بيع؛ خُرِّج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحول؛ هل يقطعه أم لا؟

ومنها: إذا تقاسما وصرَّحا بالتَّراضي، واقتصرا على ذلك؛ فهل يصحُّ؟

إن قلنا: هي إفراز؛ صحَّت.

وإن قلنا: هي بيع؛ فوجهان ذكرهما صاحب «التَّرغيب»، وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الإيجاب والقبول.

وظاهر كلامه: أنَّها تصحُّ بلفظ القسمة على الوجهين.

ويتخرَّج ألَّا يصحَّ من الرِّواية الَّتي حكاها في «التَّلخيص» باشتراط لفظ البيع والشِّراء في البيع[(١)].

ومنها: لو تقاسموا ثمر النَّخل والعنب على الشَّجر، أو الزَّرع المشتدَّ في سنبله خرصًا، أو الرِّبويَّات على ما يختارون من كيل أو وزن، فإن قلنا: هي إفراز؛ جاز، نصَّ عليه أحمد في رواية الأثرم في جواز القسمة بالخرص.

وإن قلنا: بيع؛ لم يصحَّ.

وفي «التَّرغيب» إشارة إلى خلاف في الجواز مع القول بالإفراز.

وكذلك لو تقاسموا الثَّمر على الشَّجر قبل صلاحه بشرط التَّبقية؛ فيجوز على القول بالإفراز دون البيع.

ومنها: لو تقاسموا أموالًا رِبويَّة؛ جاز أن يتفرَّقوا قبل القبض على

---

(١) قوله: (في البيع) سقط من (أ).

القول بالإفراز، ولم يجز على القول بالبيع.

ومنها: لو كان بعض العقار وقفًا وبعضه طلقًا، وطلب أحدهما القسمة؛ جازت إن قلنا: هي إفراز.

وإن قلنا: بيع؛ لم يجز؛ لأنَّه بيع للوقف.

فأمَّا إن كان الكلُّ وقفًا؛ فهل يجوز قسمته؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنَّه كإفراز الطلق(١) من الوقف سواء، وهو المجزوم به في «المحرَّر».

والثَّاني: أنَّه لا تصحُّ(٢) القسمة على الوجهين جميعًا على الأصح، وهي طريقة «التَّرغيب».

وعلى القول بالجواز؛ فهو مختصٌّ بما إذا كان وقفًا على جهتين لا على جهة واحدة، صرَّح به الأصحاب، نقله الشَّيخ تقيُّ الدِّين(٣).

ومنها: قسمة المرهون كلِّه أو بعضه مشاعًا، إن قلنا: هي إفراز، صحَّت.

---

(١) في (أ): المطلق.

(٢) في (ب): يصحُّ.

(٣) جاء في الفروع (١١/ ٢٤٢): (وقال أيضًا - أي شيخ الإسلام -: صرَّح الأصحاب بأن الوقف إنما يجوز قسمته إذا كان على جهتين، فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقًا؛ لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة، لكن تجوز المهايأة، وهي قسمة المنافع، ولا فرق في ذلك بين المناقلة بالمنافع وبين تركها على المهايأة بلا مناقلة.

والظاهر: أن ما ذكر شيخنا عن الأصحاب وجه، وظاهر كلامهم لا فرق، وهو أظهر).

وإن قلنا: بيع؛ لم تصحَّ[١].

ولو استضرَّ بها المرتهن؛ بأن رهنه أحد الشَّريكين حصَّة من بيت معيَّن من دار، ثمَّ اقتسما فحصل البيت في حصَّة شريكه؛ فظاهر كلام القاضي: أنَّه لا يمنع منه على القول بالإفراز.

وقال صاحب «المغني»: يمنع منه.

ومنها: إذا اقتسما أرضًا، فبنى أحدهما في نصيبه وغرس، ثمَّ استحِقَّت الأرض، فقُلع غرسه وبناؤه، فإن قلنا: هي إفراز؛ لم يرجع على شريكه.

وإن قلنا: بيع؛ رجع عليه بقيمة النَّقص إذا كان عالمًا بالحال دونه، ذكره في «المغني».

وجزم القاضي بالرُّجوع عليه مع قوله: إنَّ القسمة إفراز.

ومنها: ثبوت الخيار فيها، وفيه طريقان:

أحدهما: ينبني على الخلاف، فإن قلنا: إفراز؛ لم يثبت فيها خيار، وإن قلنا: بيع؛ ثبت، وهو المذكور في «الفصول» و«التَّلخيص»، وفيه ما يوهم اختصاص الخلاف بخيار المجلس، فأمَّا خيار الشَّرط؛ فلا[٢] يثبت فيها على الوجهين.

والثَّاني: يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشَّرط على الوجهين جميعًا، قاله القاضي في «خلافه»، معلِّلًا: بأنَّ ذلك جعل للارتياء فيما

---

(١) في (ب): يصحَّ.
(٢) في (ب): لا.

فيه الحظُّ، وهذا المعنى موجود في القسمة.

قال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: وهذا صريح في أنَّ قسمة التَّراضي إفراز؛ لأنَّ قسمة الإجبار لا معنى لثبوت الخيار فيها؛ إذ في كلِّ لحظة يملك الإجبار؛ فلا ينفع ثبوت الخيار في فسخها.

وذكر أيضًا: أنَّه حيث وجبت القسمة؛ فينبغي أن تكون[(١)] لازمة؛ لأنَّ أحدهما إذا فسخها؛ كان للآخر مطالبته بإعادتها؛ فلا فائدة فيه، وقد يكون فيه ضرر على أحدهما؛ فإنَّه قد يتصرَّف فيما حصل له وبغيره، فإذا نُقضت القسمة؛ تضرر بذلك، ولم يحصل له الانتفاع، ولا سيَّما إن تكرر ذلك من شريكه مضاررة.[(٢)]

قلت: ويشهد لهذا ما ذكره القاضي في «خلافه» في المعسر بالنَّفقة إذا طلَّق الحاكم عليه رجعيًّا، ثمَّ ارتجع من غير يسار تجدَّد له: أنَّه لا تصحُّ رجعته؛ لما فيه من إعادة الضَّرر الَّذي أزلناه بالطَّلاق.

وقال ابن عقيل في «عمد الأدلَّة»، وصاحب «المغني»: له الرَّجعة، فإذا ارتجع؛ عادت المطالبة له، فإن أبى؛ طلَّق عليه حتَّى يستوفي الطَّلاق الثَّلاث.

وأخذه ابن عقيل من المُولي إذا طلَّق في أثناء المدَّة بعد طلب الفيئة[(٣)] طلاقًا رجعيًّا، فإنَّ له الرَّجعة، ويطالب بالفيئة[(٤)] ثانيًا.

---

(١) في (ب): يكون.

(٢) قوله: (مضاررة) سقط من (ب)، وفي (هـ): مضارَّة.

(٣) في (ب): القيمة.

(٤) في (ب): بالقيمة.

والقاضي يفرِّق بينهما: بأنَّ رجعة المُولي أقرب إلى حصول مقصود المرأة من الفيئة من حال العدَّة الجارية إلى البينونة، بخلاف رجعة المعسر.

ولكن لا يتوجَّه على قول ابن عقيل: التَّمكينُ من فسخ قسمة الإجبار هنا؛ لأنَّ الضَّرر في الطَّلاق لا يتأبَّد؛ لأنَّه محدود بثلاث مرَّات، بخلاف ضرر الفسخ هنا؛ فإنَّه لا نهاية له.

وذكر الشَّيخ تقيُّ الدِّين: أنَّ المولي إذا طلَّق؛ لم يمكَّن من الرَّجعة إلَّا بشرط أن يفيء؛ لأنَّ أصل الرَّجعة إنَّما أباحها الله تعالى لمن أراد الإصلاح؛ فكيف بالمولي الَّذي ظهر[١] منه قصد الإضرار؟! فلا يمكَّن من الرَّجعة بدون شرط الفيئة؛ لئلَّا يكون ارتجاعه زيادة في الإضرار[٢].

وذكر في «الكافي» في هذه المسألة: أنَّهما إن اقتسما بأنفسهما؛ لم تلزم القسمة إلَّا بتراضيهما وتفرُّقهما[٣]؛ كالبيع، وإن قسم بينهما الحاكم، أو قاسمه، أو رجل عالم[٤] نصباه بينهما؛ لزمت قسمته بغير رضاهما، إلَّا أن يكون فيها ردٌّ؛ فوجهان؛ نظرًا إلى أنَّها بيع، فيقف على الرِّضا، وإلى أنَّ القاسم كالحاكم، وقرعته كحكمه.

ومنها: ثبوت الشُّفعة بها[٥]، وفيه طريقان:

(١) في (ب): يظهر.

(٢) ينظر: الاختيارات (ص ٣٩٤).

(٣) في (ب): ومعرفتهما.

(٤) قوله: (رجل عالم) هو في (ب): عدل.

(٥) في (أ): فيها. وقوله: (بها) سقط من (ج).

أحدهما: بناؤه على الخلاف، فإن قلنا: إفراز؛ لم يثبت، وإن قلنا: بيع؛ ثبتت، وهو ما ذكره السَّامريُّ في باب الرِّبا.

والثَّاني: لا يوجب الشُّفعة على الوجهين، قاله القاضي وصاحب «المحرَّر»؛ لأنَّه لو ثبت لأحدهما على الآخر؛ لثبت للآخر عليه، فيتنافيان[(١)].

ومنها: قسمة المتشاركين في الهدي والأضاحي اللَّحمَ، فإن قلنا: إفراز؛ جازت، وإن قلنا: بيع؛ لم يجز، هذا ظاهر كلام الأصحاب.

ومنها: لو حلف لا يبيع، فقاسم، فإن قلنا: القسمة بيع؛ حنث، وإلَّا فلا، ذكره الأصحاب.

وقد يقال: الأيمان محمولة على العرف، ولا تسمَّى القسمة بيعًا في العرف؛ فلا يحنث بها، ولا بالحوالة، ولا بالإقالة، وإن قيل: هي بيوع.

ومنها: لو اقتسم الورثة التَّركة، ثمَّ ظهر على الميت دين أو وصيَّة: فإن قلنا: هي إفراز؛ فالقسمة باقية على الصِّحَّة.

وإن قلنا: بيع؛ فوجهان، بناءً على الخلاف في بيع التَّركة المستغرقة بالدَّين، وقد سبق.[(٢)]

ومنها: لو ظهر في القسمة غَبن فاحش: فإن قلنا: هي إفراز؛ لم تصح[(٣)]؛ لتبيُّن فساد الإفراز.

---

(١) في (أ): فيتباينان.
(٢) ينظر: (٣/ ٣١٩).
(٣) في (أ) و(د) و(و): يصح.

وإن قلنا: بيع؛ صحَّت، وثبت فيها خيار الغبن في البيع، ذكره في «التَّرغيب»، وقيَّده بقسمة القراض.

ومنها: لو اقتسما دارًا نصفين، ثمَّ ظهر بعضُها مستحَقًّا: فإن قلنا: إفراز؛ انتقضت القسمة؛ لفساد الإفراز.

وإن قلنا: بيع؛ لم تنتقض، ويرجع(١) على شريكه بقدر حقِّه في المستحَقِّ إذا قلنا بذلك في تفريق الصَّفقة؛ كما لو اشترى دارًا، فبان بعضُها مستحَقًّا، ذكره الآمدي.

وفي «المحرَّر»: إن كان المستحَقُّ معيَّنًا وهو في الحصَّتين؛ فالقسمة بحالها، ولم يحك خلافًا.

وذكر صاحب «الكافي» احتمالًا بالبطلان؛ بناءً على عدم تفريق الصَّفقة إذا قلنا: هي بيع.

وإن كان المستحَقُّ معيَّنًا في إحدى الحصَّتين، أو شائعًا فيها، أو في إحداهما؛ فثلاثة أوجه في «المحرَّر»:

أحدها: تبطل.

والثاني: لا يبطل.

والثالث: يبطل بالإشاعة في إحداهما خاصَّةً، وهو ظاهر كلام صاحب «المغني».

والأوَّل اختيار القاضي وابن عقيل، مع قولهما بتفريق الصَّفقة.

قال الشَّيخ مجد الدِّين: والوجهان الأوَّلان فرع على قولنا بتفريق

---

(١) في (أ): ورجع.

الصَّفقة في البيع، فأمَّا إن قلنا: لا تتفرَّق هناك؛ بطلت ههنا وجهًا واحدًا.

وفي «البلغة»: إذا ظهر بعض حصَّة أحدهما مستحَقًّا؛ انتقضت القسمة، وإن ظهر في حصَّتهما على استواء النِّسبة وكان[(١)] معيَّنًا؛ لم تنتقض إذا علَّلنا فساد تفريق الصَّفقة بالجهالة، وإن علَّلناه باشتمالها على ما لا[(٢)] يجوز؛ بطلت، وإن كان المستحَقُّ مشاعًا؛ انتقضت القسمة في الجميع على أصحِّ الوجهين.

ومنها: إذا مات رجل وزوجته حامل - وقلنا: لها السُّكنى -، فأراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء العدَّة، من غير إضرار بها، بأن يُعلموا الحدود بخطٍ أو نحوه من غير نقض ولا بناء؛ ففي «المغني»: (يجوز ذلك)، ولم يبنه على الخلاف في القسمة[(٣)]، مع أنَّه قال: (لا يصحُّ بيع المسكن في هذه الحال؛ لجهالة مدَّة الحمل المستثناة فيه حكمًا)، وهذا يدلُّ على أنَّ مثل هذا يغتفر في القسمة على الوجهين.

ويحتمل أن يقال: متى قلنا: القسمة بيع، وإنَّ بَيْعَ هذا المسكن لا يصحُّ؛ لم تصح القسمة.

ومنها: قسمة الدَّين في ذمم الغرماء، فإن قلنا: القسمة إفراز؛ صحَّت.

---

(١) في (ب) و(ن): فإن كان.

(٢) قوله: (لا) سقط من (ب).

(٣) في (أ): القسم.

وإن قلنا: بيع؛ لم تصح[(١)].

وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين، وهذا البناء يتوجه على طريقة من طرد الخلاف في قسمة التراضي؛ كالشيخ تقي الدين رحمه الله[(٢)]، مع أنه يميل إلى دخول الإجبار في قسمة الديون على الغرماء المتقاربين في الملاءة؛ لأنَّ الذِّمم عندنا تتكافأ، بدليل الإجبار على قبول الحوالة على المليء.

وخصَّ القاضي وابن عقيل الروايتين بما إذا كان الدَّين في ذمَّتين فصاعدًا، فإن كان في ذمَّةٍ واحدة؛ لم تصحَّ قسمته رواية واحدة.

وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين[(٣)]، ويشهد لقوله أن القاضي في «خلافه» قال[(٤)]: (إذا قبض أحد الشريكين من الدَّين بإذن شريكه؛ اختصَّ بما قبضه).

وفرَّق في موضع آخر بين الدَّين الثابت بعقد؛ فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن شريكه، وبين الثابت بإرث ونحوه؛

---

(١) في (أ) و(د): يصح.

(٢) ينظر: الاختيارات (ص ٢١٤).

(٣) في (ب): تقي الدين. وقوله: (ذلك الشَّيخ مجد الدين) هو في (ج): الشيخ مجد الدين ذلك.
جاء في الاختيارات لشيخ الإسلام (ص ٢١٤): (ويجوز قسمة الدين في ذمة أو ذمم، وهو رواية عن أحمد). وقد عزاه في الإنصاف (١٤/ ٤٠) لشيخ الإسلام أيضًا.

(٤) قوله: (في خلافه قال) هو في (ب) و(ن): قال في خلافه.

فلا يختصُّ.

وقد نصَّ أحمد في «رواية ابن منصور» على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك[(١)]، ونصَّ في روايته أيضًا على جواز القسمة بالتراضي في الذِّمَّة الواحدة[(٢)].

وسلك صاحب «المغني» في توجيه الروايتين في المسألة طريقةً ثانية، وهي أنَّ قبض أحد الشريكين من الدَّين المشترك؛ هل هو قسمة للدَّين، أو تعيين لحقه بالأخذ كالإبراء؟

فإن قلنا: هو قسمة[(٣)]؛ لم يجز لأحدهما الانفراد بالقبض، فإن أذن الشريك؛ فيه وجهان[(٤)]:

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٨٦): قلت: سئل سفيان عن رجلين باعا من رجل طعامًا بمائة درهمٍ وكَتَبا الصك جميعًا باسميهما، فأخذ أحدهما دراهم من الصك؟ قال: ما أخذ فهو له، إلا أن يكونا خلطا الطعام قبل البيع. قال أحمد: (إذا خلطا، فما أخذا من شيء فهو بينهما).

(٢) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٢٨٨٤): قلت: سئل سفيان عن رجلين أخوين وَرِثا صكًا من أبيهما، فذهبا إلى الذي عليه الحق، فتقاضياه، فقال: عندي طعام، فاشتَرِيا مني طعامًا بما لكما عليّ، فقال أحد الأخوين: أنا آخذ بنصيبي طعامًا، وقال الآخر: لا آخذ إلا الدراهم، فأخذ أحدهما منه عشرة أقفزة بخمسين درهمًا، وهو الذي يصيبه. قال: جائز، ويتقاضاه الآخر، فإن تَوِيَ وذهب ما على الغريم؛ رجع الأخ على أخيه بنصف الدراهم التي أخذ ولا يرجع بالطعام. قال أحمد: (لا يرجع عليه بشيء، إذا كان قد رضي به، حديث ابن عباس: يتخارج أهل الميراث).

(٣) قوله: (للدَّين، أو تعيين لحقه بالأخذ كالإبراء؟ فإن قلنا: هو قسمة) سقط من (أ).

(٤) في (ب): فوجهان.

أحدهما: يصحُّ، وينفرد به القابض؛ لأنَّ الحقَّ لشريكه، وقد أسقطه.

والثاني: لا يصحُّ، وهو قول أبي بكر؛ لأنَّ حقَّ الشريك في الذِّمَّة، لا في عين المال؛ فلا تنفع إذنه في قبض الأعيان.

وفيه ضعف؛ فإنَّ الأعيان هي متعلَّقُ حقِّه، ولذلك تتعلَّق حقوق غرماء المفلس بماله.

وإن قلنا: ليس القبض قسمةً؛ جاز؛ لأنَّ حقَّ الشريك في الذِّمَّة، ولا[١] ينتقل إلى العين إلا بقبض الغريم أو وكيله، فقبض الشريك لنفسه تعيين لحقِّه لا غير؛ فيختصُّ به دون شريكه، سواء كان بإذن الشريك أو بدونه.

كذلك[٢] حكى صاحب «المغني» هذه الرواية، وذكر عن أحمد ما يدلُّ عليها[٣]، وقد أنكرها أبو بكر عبد العزيز.

---

(١) في (ب): لا.

(٢) في (ب) و(هـ) و(ن): وكذلك.

(٣) قال في المغني (٥/ ٥٩): (وقد روي عن أحمد ما يدل على أن لأحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه، ولا يشاركه الآخر فيما أخذه، وهو قول أبي العالية، وأبي قلابة، وابن سيرين، وأبي عبيد، قيل لأحمد: بعت أنا وصاحبي متاعًا بيني وبينه، فأعطاني حقي، وقال: هذا حقك خاصة، وأنا أعطي شريكك بعد. قال: لا يجوز. قيل له: فإن أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال: يجوز. قيل: فقد قال أبو عبيد: له أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر، ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها، ثم قال: هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض، وقد قال ابن سيرين، وأبو قلابة، وأبو العالية: من أخذ شيئًا فهو من نصيبه. قال: فرأيته قد احتج له وأجازه).

ويتوجَّه عندي في توجيه الروايتين طريقةٌ ثالثة، وهي: أنَّ أحد الشريكين إذا قبض من الدَّين المشترك؛ فإنَّما قبض حقَّه المختصَّ به، لكن ليس له القبض دون شريكه؛ لاشتراكهما في أصل الاستحقاق؛ كغرماء المفلس، فإذا قبض بدون إذن شريكه؛ فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه(١) أم لا؟ على الروايتين.

فوجه المحاصَّة: القياس على قبض بعض الشركاء من الأعيان المشتركة بدون قسمة؛ كالمواريث، أو من الأعيان المتعلِّق بها حقوقهم؛ كمال المفلس.

ووجه عدم المحاصَّة: أنَّ المقبوض من الدين كلِّه حقٌّ للقابض(٢)؛ ولهذا لو تلف في يده؛ لتلف كلُّه من نصيبه، ولم يضمن لشريكه شيئًا، بخلاف القبض من الأعيان.

فعلى هذه الرواية: لا فرق بين أن يقبض بإذن الشريك أو بدونه.

وعلى الأولى(٣): إن قبض بإذنه؛ فهل له محاصَّته فيه؟ على وجهين؛ لأنَّ حقَّه في المحاصَّة إنَّما يثبت بعد القبض؛ فهو كإسقاط الشُّفعة قبل البيع.

وقد يقال: التراضي بقبض كل واحد منهما بعض الدَّين؛ قسمة له؛ لأنَّ القسمة في الأعيان تقع بالمحاسبة والأقوال في المنصوص(٤)،

---

(١) قوله: (فيما قبضه) سقط من (ب).
(٢) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): القابض.
(٣) في (أ) و(د) و(و): الأول.
(٤) في (ب): المقبوض.

فكذا في الدُّيون.

وأمَّا إن كان المشترك بعضه عينًا وبعضه دينًا؛ فأخذ بعض الشركاء العين، وبعضهم الدَّين؛ فقد نصَّ أحمد على جوازه مع الكراهة، وحكاه عن ابن عبَّاس[(١)]، وقال: لا يكون إلَّا في الميراث.

وخرَّجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدَّين من غير الغريم؛ لأنَّ هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده.

وعلى ما ذكره الشيخ تقي الدين: قد يطَّرد فيها الخلاف، والله أعلم.

ومنها: قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلي مع غيبة[(٢)] الآخر، أو امتناعه من الإذن بدون إذن الحاكم، وفيه وجهان سبق ذكرهما في القواعد[(٣)]، والوجهان على قولنا: القسمة إفراز.

فإن قلنا: هي بيع؛ لم يجز وجهًا واحدًا.

فأمَّا غير المثليِّ؛ فلا يقسم إلَّا مع الشريك أو من يقوم مقامه؛ كالوصيِّ، والوليِّ، والحاكم.

ومنها: لو اقتسما دارًا، فحصل الطريق في نصيب أحدهما، ولم

---

(١) علقه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما بصيغة الجزم (٣/ ٩٤)، في باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟ ووصله عبد الرزاق (١٥٢٥٣)، وابن أبي شيبة (٢٠٧٨٨)، ولفظ البخاري: «يتخارج الشريكان وأهل الميراث، فيأخذ هذا عينًا وهذا دينًا، فإن تَوِيَ لأحدهما لم يرجع على صاحبه».

(٢) في (ب): عينه.

(٣) ينظر: (١/ ١٧٦).

يكن للآخر منفذ يتطرَّق منه؛ فقال أبو الخطَّاب، وصاحبا[(١)] «المغني» و«المحرر»: تبطل القسمة.

وخرَّج صاحب «المغني» فيه[(٢)] وجهًا آخر: أنَّها تصحُّ، ويشتركان في الطريق؛ من نصِّ أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ على اشتراكهما في مسيل الماء، وقد ذكرنا ذلك فيما سبق في القواعد.

ويتوجَّه أن يقال: إن قلنا: القسمة إفراز؛ بطلت، وإن قلنا: بيع؛ صحَّت، ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق، بناءً على قول الأصحاب: إذا باعه بيتًا من وسط داره، ولم يذكر طريقًا؛ صحَّ البيع، واستتبع طريقه، كما[(٣)] ذكره القاضي في «خلافه».

ولو اشترط عليه الاستطراق في القسمة؛ صحَّ، قال الشيخ مجد الدين: هذا قياس مذهبنا في جواز بيع الممر.

ومنها: لو حلف لا يأكل ممَّا اشتراه زيد، فاشترى زيد وعمرو طعامًا مشاعًا، وقلنا: يحنث بالأكل منه، فتقاسماه، ثمَّ أكل الحالف من نصيب عمرو:

فذكر الآمديُّ: أنَّه لا يحنث؛ لأنَّ القسمة إفراز حقٍّ[(٤)] لا بيع، وهذا يقتضي أنَّه يحنث إذا قلنا: هي بيع.

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): وصاحب.

(٢) قوله: (فيه) سقط من (أ) و(ج).

(٣) قوله: (كما) سقط من (ب) و(و) و(ن).

(٤) قوله: (حق) سقط من (ب).

وقال القاضي: قياس المذهب: أنَّه يحنث مطلقًا؛ لأنَّ القسمة لا تخرجه عن أن يكون زيد اشتراه.

ويحنث عند أصحابنا بأكل ما اشتراه زيد، ولو انتقل الملك عنه إلى غيره.

وفي «المغني» احتمال: لا يحنث هنا[١].

وعليه يتخرج: أنَّه لا يحنث إذا[٢] قلنا: القسمة بيع، والله أعلم[٣].

---

(١) في (ب) و(ن): ههنا.

(٢) في (ب) و(ن): إن. وفي (هـ): وإن.

(٣) قوله: (والله أعلم) سقط من (أ) و(ج) و(د) و(هـ) و(و).

ونختم هذه الفوائد بذكر فائدتين، بل قاعدتين يكثر ذكرهما في مسائل الفقه، وتنتشر فروعهما انتشارًا كثيرًا، ونذكر ضوابطها وأقسامها:

الفائدة الأولى

التصرفات للغير بدون إذنه؛ هل تقف[(١)] على إجازته أم لا؟ ويعبَّر عنها بتصرُّف الفضوليِّ.

وتحتها أقسام:

القسم الأول: أن تدعو الحاجة إلى التصرُّف في مال الغير أو حقِّه، ويتعذَّر استئذانه؛ إمَّا للجهل بعينه، أو لغيبته، أو مشقَّة[(٢)] انتظاره؛ فهذا التصرُّف مباح جائز موقوف على الإجازة.

وهو في الأموال غير مختلف فيه في المذهب، وغير محتاج إلى إذن حاكم على الصحيح.

وفي الأبضاع مختلف فيه، غير أنَّ الصحيح من المذهب جوازه

(١) في (أ) و(ج): يقف.

(٢) في (ب) و(و): ومشقة.

أيضًا، وفي افتقاره إلى الحاكم خلاف.

فأمَّا الأموال: فكالتصدق باللُّقطة التي لا تملك، وكالتَّصدُّق بالودائع والغصوب التي لا يُعرَف ربُّها أو انقطع خبره، وقد سبق في القواعد استقصاء صور هذا النوع[١]، ويكون ذلك موقوفًا، فإن أجازه المالك[٢]؛ وقع له أجره، وإلَّا ضمنه المتصرِّف، وكان أجره له، صرَّح بذلك الصحابة رضي الله عنهم[٣].

وأمَّا الأبضاع: فتزويج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك، فإنَّ امرأته تتربَّص أربع سنين، ثمَّ تعتدُّ وتباح للأزواج، وفي توقُّف ذلك على الحاكم روايتان.

واختلف في مأخذه: فقيل: لأنَّ أمارات موته ظاهرة؛ فهو كالميت حكمًا.

(١) ينظر: (٢/ ٢٧٠).

(٢) في (أ): الملك.

(٣) علق ابن عبد البر في التمهيد (٢/ ٢٤)، عن سنيد حدثنا أبو فضالة عن أزهر بن عبد الله قال: غزا مالك بن عبد الله الخثعمي أرض الروم، فغلَّ رجل مائة دينار، فأتى بها معاوية بن أبي سفيان، فأبى أن يقبلها، وقال: قد نفر الجيش وتفرق، فخرج فلقي عبادة بن الصامت، فذكر ذلك، له فقال: ارجع إليه، فقل له: خُذْ خُمُسها أنت، ثم تصدق أنت بالبقية، فإن الله عالم بهم جميعًا، فأتى معاوية فأخبره، فقال: لأن كنت أنا أفتيتك بهذا كان أحب إلي من كذا وكذا. انتهى، قال ابن عبد البر: (وهو يشبه مذهب ابن مسعود وابن عباس؛ لأنهما كانا يريان أن يتصدق بالمال الذي لا يعرف صاحبه)، ثم قال: (وقد أجمعوا في اللقطة على جواز الصدقة بها بعد التعريف وانقطاع صاحبها، وجعلوه - إذا جاء - مخيرًا بين الأجر والضمان، وكذلك الغصوب).

وقيل: بل لأنَّ انتظاره يعظم به الضرر على زوجته؛ فيباح لها فسخ نكاحه؛ كما لو ضارَّها بالغيبة، وامتنع من القدوم مع المراسلة.

وعلى هذين المأخذين ينبني: أنَّ[(١)] الفرقة هل تنفذ ظاهرًا وباطنًا، أو ظاهرًا فقط؟

وينبني الاختلاف في طلاق الوليِّ لها.

وله مأخذ ثالث - وهو الأظهر -: وهو أنَّ الحاجة دعت هنا إلى التصرُّف في حقِّه من بضع الزوجة بالفسخ عليه؛ فيصحُّ الفسخ وتزوُّجها بغيره ابتداءً؛ للحاجة، فإن لم يظهر؛ فالأمر على ما هو عليه، وإن ظهر؛ كان ذلك موقوفًا على إجازته، فإذا قدم؛ فإن شاء أمضاه، وإن شاء ردَّه.

القسم الثاني: ألَّا تدعو الحاجة إلى هذا التصرُّف ابتداءً، بل إلى صحَّته وتنفيذه؛ بأن تطول مدَّة التصرُّف[(٢)]، ويتعذَّر استرداد أعيان أمواله؛ فللأصحاب فيه طريقان:

أشهرهما: أنَّه على الخلاف الآتي ذكره.

والثاني: أنَّه ينفذ ههنا بدون إجازة؛ دفعًا لضرر المالك بتفويت الربح، وضرر المشترين بتحريم ما قبضوه بهذه العقود، وهذه طريقة صاحب «التلخيص» في باب المضاربة، وصاحب «المغني» في[(٣)]

(١) في (ب) و(ج) و(و): على أن.
(٢) زاد في (ب) وبقية النسخ: (وتكثر)، وقد ضرب عليها في (أ).
(٣) في (أ): في باب.

موضع منه.

القسم الثالث: ألَّا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداءً ولا دوامًا؛ فهذا القسم في[1] التصرُّف فيه من أصله ووقوفه على إجازة المالك وتنفيذه روايتان معروفتان.

واعلم أنَّ لتصرف الشخص في مال غيره حالتين:

إحداهما: أن يتصرَّف فيه لمالكه؛ فهذا محلُّ الخلاف الذي ذكرناه، وهو ثابت في التصرُّف في ماله بالبيع والإجارة ونحوهما.

وأمَّا في النِّكاح؛ فللأصحاب فيه طريقان:

إحداهما: إجراؤه على الخلاف، وهو ما قال القاضي والأكثرون.

والثاني: الجزم ببطلانه قولًا واحدًا، وهو طريق أبي بكر، وابن أبي موسى، ونصَّ أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن القاسم؛ فعلى هذا لو زوَّج المرأة أجنبيٌّ، ثمَّ أجازه الوليُّ؛ لم ينفذ بغير خلاف؛ كما لو زوَّجت المرأة نفسها.

نعم، لو زوَّج غيرُ الأب من الأولياء الصغيرةَ بغير[2] إذنها، أو زوَّج الوليُّ الكبيرة[3] بدون إذنها؛ فهل يبطل من أصله، أو يقف على إجازتها؟ على روايتين، ذكر ذلك ابن أبي موسى.

الحالة الثانية: أن يتصرَّف فيه لنفسه، وهو الغاصب، ومن يتملَّك مال غيره لنفسه، فيجيزه له المالك.

(١) زاد في (ب) وباقي النسخ: (بطلان)، وقد ضرب عليها في (أ).
(٢) في (ب): بدون.
(٣) في (أ): البكر.

فأمَّا الغاصب: فذكر أبو الخطَّاب في جميع تصرُّفاته الحكميَّة روايتين:

إحداهما: البطلان.

والثانية: الصِّحَّة.

قال: (وسواء في ذلك العبادات؛ كالطهارة والصلاة والزكاة والحجِّ، والعقود؛ كالبيع والإجارة والنكاح).

وتبعه على ذلك جماعة ممَّن بعده.

ثمَّ منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيَّد بالوقف على الإجازة، ومنهم من قيَّده بها؛ كالقاضي في «خلافه»، وابن عقيل وصاحب «المغني» في موضع من كلامهما.

فإن أريد بالصِّحَّة من غير وقف على الإجازة؛ وقوعُ التصرُّف عن المالك، وإفادة ذلك للملك له؛ فهو الطريق الثانية في القسم الثاني الذي سبق ذكره.

وإن أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة؛ ففاسد قطعًا، إلَّا في صورة شرائه في الذِّمَّة إذا نقد المال من المغصوب؛ فإنَّ الملك يثبت له فيها، نصَّ عليه في رواية المروذي.

ولا ينافي ذلك قولنا: إنَّ الربح للمالك؛ لأنَّه فائدة ماله وثمرته؛ فيختصُّ به، وإن كان أصل الملك لغيره، صرح به القاضي في «خلافه».

ومن فروع ذلك في العبادات المالية: لو أخرج الزكاة عن ماله من

مال حرام؛ فالمشهور: أنَّه يقع باطلًا.

وحُكِيَ عن أحمد: أنَّه إن أجازه المالك؛ أجزأته، وإلَّا فلا.

ومنها: لو تصدَّق الغاصب بالمال؛ فإنَّه لا تقع الصَّدقة له، ولا يثاب عليه، قال رسول الله ﷺ: «لا يقبل الله صلاةً بغير طُهور، ولا صدقةً من غُلول»(١).

ولا يثاب المالك على ذلك أيضًا؛ لعدم تسبُّبه إليه، ذكره ابن عقيل في «فنونه»، ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب.

ومن الناس من قال: يثاب المالك عليه، ورجَّحه بعض شيوخنا[١]؛ لأنَّ هذا البرَّ تولَّد من مال اكتسبه؛ فيؤجر عليه وإن لم يقصده؛ كما يؤجر على المصائب التي تولِّد له خيرًا، وعلى عمل ولده الصالح، وعلى ما ينتفع به الناس والدَّواب من زروعه وثماره.

ومنها: لو غصب شاةً، فذبحها لمتعتِه أو قرانِه - مثلًا -؛ فإنَّه لا يجزئه(٢)، صرَّح به الأصحاب، ونصَّ عليه أحمد في رواية علي بن سعيد؛ لأنَّ أصل الذَّبح لم يقع قربةً من الابتداء؛ فلا ينقلب قربةً بعده؛ كما لو ذبحها للحمها، ثمَّ نوى بها المتعة.

وحكى الأصحاب رواية: بوقفه على إجازة المالك؛ كالزكاة.

---

[١] كتب في هامش (ج): (هو شمس الدين بن القيم)، ينظر: بدائع الفوائد (٣/ ١٧٢).

---

(١) أخرجه مسلم (٢٢٤) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) قوله: (لا يجزئه) هو في (ب): ألا يجزئه.

ونصَّ أحمد على الفرق بين أن يعلم أنَّها لغيره؛ فلا تجزئه، وبين أن يظنَّها لنفسه؛ فتجزئه، في رواية ابن القاسم وسندي.

وسوَّى كثير من الأصحاب بينها في حكاية الخلاف، ولا يصحُّ.

ومنها: لو أنكح[١] الأمة المغصوبة، وفي وقفه على الإجازة الخلاف.

وعلى طريقة أبي بكر، وابن أبي موسى: هو باطل قولًا واحدًا.

ويبعد ههنا القول بنفوذه مطلقًا بدون إجازة، بل هو باطل مخالف لنصِّ السُّنَّة[٢]، ولنصوص أحمد المتكاثرة[٣].

وأمَّا من يتملَّك مال غيره لنفسه بعوض أو بغيره[٤]، فيجيزه المالك؛ فهو شبيه بتصرُّف الفضوليِّ المحض، فيخرَّج[٥] على الخلاف فيه.

ومن صور ذلك: ما إذا قال: عبد فلان حرٌّ في مالي، فأجازه المالك؛ فالمنصوص عن أحمد: أنَّه لا ينفذ[٦].

(١) في (ب): نكح.

(٢) لعله يشير إلى ما أخرجه أحمد (١٩٥١٨)، وأبو داود (٢٠٨٥)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨١)، عن أبي موسى رضي الله عنه مرفوعًا: (لانكاح إلا بولي).

(٣) ينظر: مسائل ابن هانئ (١/ ١٩٥)، ومسائل أبي داود (ص ٣٥٧)، ومسائل عبد الله (ص ٣١٩).

(٤) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): غيره.

(٥) في (ب): فيتخرج.

(٦) جاء في مسائل ابن منصور (٨/ ٤٤٩١): قلت لأحمد: رجل قال لعبدِ رجلٍ: أنت حر في مالي، فبلغ ذلك السيد، فقال: قد رضيت، وأبى الآخر؟ قال: ليس بشيء. قال أحمد: (ليس بشيء).

وخرَّج ابن أبي موسى وجهًا: بنفوذه بالإجازة، ويلزمه ضمانه.

القسم الرابع: التصرُّف للغير في الذِّمَّة دون المال بغير ولاية عليه:

فإن كان بعقد نكاح: ففيه الخلاف السابق.

وإن كان ببيع ونحوه، مثل: أن يشتري له في ذمَّته؛ فطريقان:

أحدهما: أنَّه على الخلاف أيضًا، قاله القاضي، وابن عقيل في موضع، وأبو الخطاب في «الانتصار».

والثاني: الجزم بالصِّحَّة ههنا قولًا واحدًا، ثمَّ إن أجازه المشتري له ملكه، وإلَّا لزم من اشتراه، وهو قول الخرقي والأكثرين.

وقال القاضي في موضع آخر، وابن عقيل: يصحُّ بغير خلاف، لكن هل يلزم المشتري ابتداءً، أو بعد ردِّ المشتري له؟ على روايتين.

واختلف الأصحاب: هل تفترق[1] الحال بين أن يسمَّى المشترَى له في العقد، أم لا؟

فمنهم من قال: لا فرق بينهما، منهم ابن عقيل، وصاحب «المغني».

ومنهم من قال: إن سمَّاه في العقد؛ فهو كما لو اشترى له بعين ماله، ذكره القاضي، وأبو الخطاب في «انتصاره» - في غالب ظنِّي -؛ وابن المني، وهو مفهوم كلام صاحب «المحرَّر».

القسم الخامس: التصرُّف في مال الغير بإذنه على وجه يحصل فيه مخالفة الإذن، وهو نوعان:

(١) في (ب) و(د): تفرق. وفي (ج): يفترق. وفي (هـ): يفتقر.

أحدهما: أن يحصل له[(١)] مخالفة الإذن على وجه يرضى به عادةً، بأن يكون التصرُّف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه؛ فالصحيح: أنَّه يصحُّ؛ اعتبارًا فيه بالإذن العرفيِّ.

ومن صور ذلك: ما لو قال له[(٢)]: بعه بمائة، فباعه بمائتين؛ فإنَّه يصحُّ.

وكذا لو قال له: اشتره لي بمائة، فاشتراه له بثمانين.

ومنها: لو قال له: بعه بمائةٍ نسيئة، فباعه بها نقدًا؛ فإنَّه يصحُّ.

ومنها: لو قال: بعه بمائة درهم، فباعه بمائة دينار؛ فإنَّه يصح على الصَّحيح.

وفيه وجه: لا يصحُّ؛ للمخالفة في جنس النَّقد.

ومنها: لو قال: بع هذه الشاة بدينار، فباعها بدينار وثوب، أو ابتاع شاةً وثوبًا بدينار؛ فإنَّه يصحُّ، قال القاضي: هو المذهب.

ثم ذكر احتمالًا: أنَّه يبطل في الثوب بحصته من الشاة؛ لأنَّه من غير الجنس.

ومنها: لو أمره أن يشتري له شاة بدينار، فاشترى شاتين بالدينار[(٣)]، تساوي إحداهما أو كل واحدة منهما دينارًا؛ فإنَّه يصحُّ كذلك.

---

(١) في: (له) سقط من (ب) و (ج) و(د) و(هـ) و(ن).
(٢) قوله: (له) سقط من (أ).
(٣) قوله: (شاتين بالدينار) هو في (ب) و(د) و(و): بالدينار شاتين.

فإن باع إحداهما بدون إذنه؛ ففيه طريقان:

إحداهما[(١)]: أنَّه يخرَّج على تصرُّف الفضوليِّ.

والثاني: أنَّه صحيح وجهًا واحدًا، وهو المنصوص عن أحمد[(٢)]، لخبر عروة بن الجعد[(٣)]، ولأنَّ ما فوق الشاة المأمور بها لم يتعيَّن؛ فصار موكولًا إلى نظره وما يراه.

النوع الثاني: أن يقع التصرُّف مخالفًا للإذن على وجه لا يرتضي به الآذن عادة؛ مثل مخالفة المضارَب والوكيل في صفة العقد دون أصله؛ كأن يبيع المضارَب نَساءً على قولنا بمنعه منه، أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل، أو يشتري بأكثر منه، أو يبيع نَساءً، أو بغير نقد البلد، صرَّح القاضي في «المجرَّد» باستواء الجميع في الحكم؛ فللأصحاب ههنا طرق:

إحداها: أنَّه يصحُّ، ويكون المتصرِّف ضامنًا للمالك، وهو اختيار القاضي في «خلافه»، ومن اتَّبعه في المخالفة في قدر الثَّمن؛ لأنَّ التصرُّف هنا مستند أصله إلى إذن صحيح، وإنَّما وقعت المخالفة في بعض أوصافه؛ فيصحُّ العقد بأصل الإذن، ويضمن المخالف بمخالفته في صفته.

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): أحدهما.

(٢) ينظر: مسائل عبد الله (٣٠٧).

(٣) رواه البخاري (٣٦٤٢) عن عروة البارقي: «أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه».

وعلى هذا: فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل، أو يشتري بأكثر منه، على المنصوص في «رواية ابن منصور»[(١)].

ومن الأصحاب من فرَّق بينهما، وأبطله في صورة الشراء؛ كصاحب «المغني» والسامري.

ولا فرق أيضًا بين أن يقدَّر له الثَّمن أوْ لا على أصحِّ الطريقين، وصرَّح به القاضي في الخلاف وغيره، ونصَّ أحمد على ذلك في رواية الأثرم، وأبي داود، وابن منصور[(٢)].

والثاني: أنَّه[(٣)] يبطل العقد مع مخالفة التسمية لمخالفته صريح الأمر، بخلاف ما إذا لم يسم؛ فإنَّه إنَّما خالف دلالة العرف، وممَّن قال ذلك القاضي في «المجرَّد»، وابن عقيل في «فصوله».

وفرَّق القاضي في «خلافه» وكثير من الأصحاب: بين البيع نَساءً وبغير نقد البلد؛ فأبطلوه فيهما، بخلاف نقص الثمن وزيادته.

---

(١) جاء في مسائل ابن منصور (٦/ ٣١٤١): قلت لأحمد: إذا أمر رجل رجلًا أن يبيع له شيئًا، فباعه بأقل؟ قال: (البيع جائز، وهو ضامن لما نقص).
وفيها أيضًا (٦/ ٢٥٢٩): قلت: قال: اشتر لي سلعةً، ولم يصف له، فإن اشترى بأقل أو بأكثر ضمن؟ قال أحمد: (هذا لم يشتر له، أرأيت إن أراد هو روميًّا فاشترى له حبشيًّا؟ لا، حتى يصفه له). قلت: إذا وصف له لم يضمن إلا أن يشتري بأكثر؟ قال: (يضمن إذا اشترى بأكثر).

(٢) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٥٢٩)، ولم نجد في مسائل أبي داود ما يدل على عدم الفرق بين تقدير الثمن وعدم التقدير، بل فيه (٢٧٢): (سمعت أحمد سئل عن رجل أمر رجلًا يبيع ثوبًا بأربعة دنانير، فباعه بأقل؟ قال: هذا ضامن).

(٣) قوله: (أنه) سقط من (أ).

وفرَّقوا: بأنَّ المخالفة في النَّساء وغير نقد البلد وقعت في جميع العقد، وفي النقص والزيادة في بعضه، وفيه ضعف، ولكن قد نصَّ أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن منصور[١].

والطريقة الثانية: أنَّ في الجميع روايتين:

إحداهما: الصِّحَّة والضَّمان.

والثانية: البطلان، وهي طريقة القاضي في «المجرد»، وابن عقيل، وصحَّحا رواية البطلان، وتأوَّلا رواية الضَّمان على بطلان العقد، وأنَّ العين تعذَّر ردُّها؛ فيأخذ المالك الثَّمن، ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السِّلعة من الثمن.

وهذا بعيد جدًّا، وهو مخالف لصريح كلام أحمد.

وحاصل هذه الطريقة: أنَّ هذه المخالفة تجعله كتصرُّف الفضوليِّ سواء.

وظاهر كلام الخرقي: الوقف ههنا على الإجازة، دون المخالفة في أصل العقد، مثل أن يشتري بعين ماله ما لم يأذن له في شرائه؛ فإنَّه صرَّح بالبطلان ههنا، وجعله كتصرُّف الفضوليِّ المحض.

ونصَّ أحمد في رواية عبد الله وصالح، فيمن أمر رجلًا يشتري له شيئًا فخالفه: كان ضامنًا، فإن شاء الذي أعطاه؛ ضمَّنه، وأخذ ما دفع إليه، وإن شاء؛ أجاز البيع، فإن كان فيه ربح؛ فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقيِّ[٢].

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٦/ ٢٥٢٩).

(٢) ينظر: مسائل عبد الله (ص ٣٠٧).

وهذا نصٌّ بالوقف[(١)] بالمخالفة؛ إلَّا أنَّه لم يقيِّده بالمخالفة في الصِّفة.

والطريقة الثالثة: أنَّ في البيع بدون ثمن المثل وغير نقد البلد إذا لم يقدَّر له الثمن ولا عُيِّن النقد روايتين:

البطلان؛ كتصرُّف الفضوليِّ.

والصِّحَّة، ولا يضمن الوكيل شيئًا؛ لأنَّ إطلاق العقد يقتضي البيع بأيِّ ثمن كان وأيِّ نقد كان؛ بناءً على أنَّ الأمر بالماهيَّة الكلِّيَّة ليس أمرًا بشيء من جزئيَّاتها، والبيع نَساءً كالبيع بغير نقد البلد.

وهذه الطريقة سلكها القاضي في «المجرد»، وابن عقيل أيضًا في موضع آخر، وهي بعيدة جدًّا، مخالفة لنصوص[(٢)] أحمد.

وكذلك حكم المخالفة[(٣)] في المهر، فلو أذنت المرأة لوليِّها أن يزوِّجها بمهرٍ سمَّته، فزوَّجها بدونه؛ فإنَّه يصحُّ، ويضمن[(٤)] الزيادة، نصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور.

وحكى الأصحاب روايةً أخرى: أنَّه يسقط المسمَّى، ويلزم الزَّوج مهر المثل.

وكذا لو لم يسمَّ المهر؛ فإنَّ الإطلاق ينصرف إلى مهر المثل.

---

(١) في (ب): للوقف.

(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): لمنصوص.

(٣) في (ب): الخالفة.

(٤) في (ب): تضمن.

ويستثنى من ذلك: الأب خاصَّةً؛ فإنَّه لا يلزم في عقده سوى المسمَّى؛ ولو لم تأذن فيه، أو طلبت[1] تمام المهر، نصَّ عليه في رواية مهنى.

وأمَّا المخالفة في عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل، أو وكيل الزوج بدونه؛ ففيه ثلاثة أوجه:

البطلان، وهو قول ابن حامد، والقاضي.

والصِّحَّة، وهو قول أبي بكر، ومنصوص أحمد[2].

والبطلان بمخالفة وكيله، والصِّحَّة بمخالفة وكيلها، وهو قول أبي الخطاب.

ومع الصِّحَّة: يضمن الوكيل الزيادة والنقص.

وهذا الخلاف: مِنَ الأصحاب من أطلقه، مع تقدير المهر وتركه، ومنهم: من خصَّه بما إذا وقع التقدير، فأمَّا مع الإطلاق؛ فيصحُّ الخلع وجهًا واحدًا.

وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضي:

أحدهما: يبطل المسمَّى، ويرجع إلى مهر المثل.

---

(١) في (ب): طلب.

(٢) قوله: (البطلان، وهو قول ابن حامد، والقاضي. الصِّحَّة، وهو قول أبي بكر، ومنصوص أحمد) سقط من (هـ).

جاء في الروايتين والوجهين (٢/ ١٣٩): (وذكر - أي: أبو بكر - من قول أحمد في رواية ابن القاسم: إذا أمره أن يخالع بمائة، فخالع بخمسين؛ الخلع جائز، والخمسون للآمر، ولو خالعها بخمسين، وقد أمره بثلاثين؛ كانت الزيادة عليه).

والثاني: يخيَّر الزوج بين قبول العوض ناقصًا، ولا شيء له غيره، ويسقط حقُّه من الرَّجعة، وبين ردِّه على المرأة، وتثبت له الرَّجعة.

وفي مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر: أنَّه يلزمها أكثر الأمرين من المسمَّى ومهر المثل، ذكره ابن البنا.

القسم السادس: التصرُّف للغير بمال المتصرِّف، مثل: أن يشتري بعين ماله لزيد سلعة:

ففي «المجرَّد» يقع باطلًا رواية واحدة.

ومن الأصحاب من خرَّجه على الخلاف في تصرُّف الفضوليِّ، وهو أصحُّ؛ لأنَّ العقد يقف على الإجازة، وتعيُّن الثمن من ماله يكون إقراضًا للمشترى له، أو هبةً له؛ فهو كمن أوجب لغيره عقدًا في ماله، فقبله الآخر بعد المجلس، فقد نصَّ أحمد على صحَّة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب[1].

والصحيح في توجيهها: أنَّها[2] من باب وقف العقود على الإجازة، وهو مأخذ ابن عقيل وغيره؛ فعلى هذا لا فرق في ذلك بين عقد وعقد؛ فكل من أوجب عقدًا لغائب عن المجلس، فبلغه، فقبله، فقد أجازه وأمضاه، ويصحُّ على هذه الرواية.

---

(١) جاء في المغني (٧/ ٨١): (وقد نقل أبو طالب عن أحمد، في رجل مشى إليه قوم فقالوا له: زوج فلانًا. قال: قد زوجته على ألف. فرجعوا إلى الزوج فأخبروه، فقال: قد قبلت. هل يكون هذا نكاحًا؟ قال: نعم).

(٢) في (ج) و(د) و(هـ) و(ن): أنه. وضرب عليها في (أ).

وحكى أبو بكر رواية أخرى: أنَّه لا يصحُّ إلَّا في مجلس واحد، واختارها.

الفائدة الثانية

الصفقة الواحدة؛ هل تتفرَّق، فيصحُّ بعضها دون بعض، أم لا، فإذا بطل بعضها بطل كلها؟

في المسألة روايتان، أشهرهما: أنَّها تتفرَّق.

وللمسألة صور:

أحدها: أن يجمع العقد بين ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز بالكلِّيَّة، إمَّا مطلقًا، أو في تلك الحال؛ فيبطل العقد فيما لا يجوز العقد عليه[(١)] بانفراده.

وهل[(٢)] يبطل في الباقي؟ على الروايتين.

ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها؛ كالرهن والهبة والوقف، ولا بين ما يبطل بجهالة عوضه؛ كالبيع، وما لا يبطل؛ كالنكاح، فإنَّ النِّكاح فيه روايتان منصوصتان عن أحمد.

غير أنَّ صاحب «المغني» اختار: أنَّ البيع إذا كان الثمن منقسمًا عليه بالقيمة[(٣)]؛ كعبدين أحدهما مغصوب: أنَّه لا يصحُّ العقد فيهما؛

(١) قوله: (العقد عليه) هو في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): عليه العقد.

(٢) في (أ): فهل.

(٣) في (ب): بالقيم.

تعليلًا بجهالة العوض، بخلاف ما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء؛ كقفيزين من صبرة واحدة.

وهذا مأخذ للبطلان وراء تفريق الصفقة، كما قالوا فيما إذا باع معلومًا ومجهولًا: إنَّه لا يصحُّ رواية واحدة؛ لجهالة الثمن، فهذا هو المانع هنا من تفريقها.

وفي «التلخيص»: أنَّ للبطلان في الكلِّ مأخذين:

أحدهما: كون الصفقة لا تقبل التجزُّؤ والانقسام.

والثاني: جهالة العوض.

قال: فعلى الأول؛ يطَّرد الخلاف في كلِّ العقود، وعلى الثاني؛ لا يطَّرد فيما لا عوض فيه، أو لا يفسد بفساد عوضه؛ كالنكاح.

قال: وعلى الأول؛ لو قال: بعتك كلَّ واحد بكذا؛ لم يصحَّ، ويصحُّ على الثاني، انتهى.

ثمَّ إنَّه حكى في تعدُّد الصفقة بتفصيل الثمن وجهين، وصحَّح: تعدُّدها.

فعلى هذا: يصحُّ في قوله: «بعتك كلَّ واحد بكذا» على المأخذين.

ثمَّ إنَّه اختار: أنَّ المتبايعين إن عَلِمَا أنَّ بعض الصفقة غير قابل للبيع؛ لم يصحَّ رواية واحدة؛ لأنَّهما دخلا على جهالة الثمن، وإن جهلا ذلك؛ فهو محلُّ الروايتين؛ لأنَّ للجهل بمثل ذلك تأثيرًا في الصِّحَّة، كما في شراء المعيب الذي يسقط أرشه بعد العقد.

وهذا ضعيف؛ فإنَّ البائع قد يعلم بالعيب في العقد، ولا يمنع

الصحة، وكذا في بيع النجْش وإخبار البائع بزيادة على الثمن عمدًا؛ فإنَّ البيع يصحُّ في ذلك كلِّه، ويسقط بعض الثمن.

وههنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن: وهي تقسيطه على عدد المبيع، لا على القيمة[١]، ذكره القاضي وابن عقيل وجهًا في باب الشَّركة والكتابة من «المجرَّد» و«الفصول» فيما إذا باع عبدين، أحدهما له والآخر لغيره: أنَّ الثمن يقسَّط[٢] عليهما نصفين، كما لو تزوَّج امرأتين في عقد.

وهذا بعيد جدًّا، ولا أظنُّه يطَّرد إلَّا فيما إذا كانا جنسًا واحدًا.

وذكرا في باب الضمان من كتابيهما طريقة ثالثة، وهي[٣]: أنَّه يمسك ما يصحُّ العقد عليه بكل الثمن، أو يردُّ.

وهذا في غاية الفساد، اللَّهمَّ إلَّا أن يخصَّ هذا بمن كان عالمًا بالحال، وأنَّ بعض المعقود عليه لا يصحُّ العقد عليه؛ فيكون قد دخل على بذل الثمن في مقابلة ما يصحُّ العقد عليه خاصَّةً؛ كما نقول فيمن أوصى لحيٍّ وميت يعلم موته بشيء: أنَّ الوصية كلَّها للحيِّ[٤].

ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة، وهي: إن كان ما لا يجوز العقد عليه غير قابل للمعاوضة بالكلِّيَّة - كالطريق -؛ بطل البيع؛ لأنَّه

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ) و(و): القيم.

(٢) في (ب): يتقسط.

(٣) في (أ): وهو.

(٤) من قوله: (اللَّهمَّ إلَّا أن يخصَّ هذا) إلى هنا سقط من (ب).

غير قابل للتموُّل بالكلِّيَّة، وقياسه الخمر، وإن كان قابلًا للصِّحَّة؛ ففيه الخلاف، ذكره الأزجي.

ولا يثبت ذلك في المذهب.

وعلى القول بالتفريق: فللمشتري الخيار إذا لم يكن عالمًا[١] لتبعُّض الصَّفقة عليه، وله أيضًا الأرش إذا أمسك بالقسط فيما ينقص بالتفريق؛ كالعبد الواحد، والثوب الواحد، ذكره صاحب «المغني» في الضمان.

الصورة الثانية: أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفقة ناشئًا من الجمع بينه وبين الآخر؛ فههنا حالتان:

إحداهما: أن يمتاز بعض الأفراد بمزِيَّة؛ فهل يصحُّ العقد فيه بخصوصه، أم يبطل في الكلِّ؟ فيه خلاف، والأظهر: صحَّة ذي المزيَّة.

فمن صور ذلك: ما إذا جمع في عقد بين[٢] نكاح أمٍّ وبنت؛ فهل يبطل فيهما، أم يصحُّ في البنت؛ لصحَّة ورود عقدها على عقد الأمِّ من غير عكس؟ على وجهين.

ومنها: لو جمع حرٌّ واجدٌ للطَّول أو غيرُ خائف للعنت بين حرَّة وأَمَةٍ في عقدٍ؛ ففيه روايتان منصوصتان:

إحداهما: يبطل النكاحان معًا.

والثانية: يصحُّ نكاح الحرَّة وحدها، وهو أصحُّ، لأنَّها تمتاز بصحَّة ورود نكاحها على نكاح الأمة، من غير عكس؛ فهي كالبنت مع الأم،

---

(١) قوله: (إذا لم يكن عالمًا) سقط من (أ).

(٢) في (ب): عقدين. مكان: (عقد بين).

وأولى؛ لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضًا.

ومنها: أن يتزوَّج حرٌّ خائف للعنت غيرُ واجد للطَّول حرَّةً تُعِفُّه بانفرادها وأمةً في عقد واحد، وفيه وجهان:

أحدهما: يصحُّ نكاح الحرَّة وحدها، وهو ظاهر كلام القاضي في «المجرد»؛ لأنَّ الحرَّة تمتاز على الأمة بصحَّة ورود نكاحها عليها؛ فاختصَّت بالصِّحَّة.

والثاني: يصحُّ فيهما معًا، قاله القاضي وأبو الخطاب في «خلافيهما»[1]؛ لأنَّ له في هذه الحال قبول نكاح كلِّ واحدة منهما على الانفراد؛ فيصحُّ الجمع بينهما؛ كما لو تزوَّج أمةً ثمَّ حرَّة.

والأوَّل أصحُّ؛ لأنَّ قدرته على نكاح الحرَّة تمنعه من نكاح الأمة؛ فمقارنة نكاح الحرَّة أولى بالمنع.

أمَّا إن كان المتزوِّج عبدًا، وقلنا بمنعه من نكاح الأمة على الحرَّة التي تعفُّه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّه كالحرِّ سواء، قاله القاضي في «الجامع»، وصاحب «المحرر».

والثاني: يصحُّ جمعه بينهما في عقد بغير خلاف، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب وصاحب «المغني»؛ لأنَّ العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرَّة من نكاح الأمة؛ فلا يمنعه مقارنة نكاحها، وإنَّما يمتنع بسبق نكاح الحرَّة.

---

(١) في (ب): خلافهما.

الحالة الثانية: ألَّا يمتاز بعضها عن بعض بمزية؛ فالمشهور: البطلان في الكل؛ إذ ليس بعضها أولى من بعض بالصِّحَّة.

مثل: أن يتزوَّج أختين في عقد، أو خمسًا في عقد؛ فالمذهب: البطلان في الكل، ونصَّ عليه أحمد في رواية صالح وأبي الحارث.

ونقل عنه ابن منصور: إذا تزوَّج أختين في عقد: (يختار إحداهما)[(١)].

وتأوَّله القاضي: على أنَّه يختارها بعقد مستأنف. وهو بعيد.

وخرَّج القاضي فيما إذا زوَّج الوليَّان من رجلين، ووقعا معًا: أنَّه يقرع بينهما، فمن قَرَع؛ فهي زوجته. ويخرَّج ههنا مثله.

الصورة الثالثة: أن تجمع الصفقة شيئين يصحُّ العقد فيهما، ثمَّ يبطل العقد في أحدهما قبل استقراره؛ فإنَّه يختصُّ بالبطلان دون الآخر.

قال القاضي وابن عقيل: رواية واحدة؛ لأنَّ التفريق وقع ههنا[(٢)] دوامًا لا ابتداءً، والدوام أسهل من الابتداء.

ومع هذا؛ فقد حكوا فيما إذا تفرَّق المتصارفان عن قبض بعض الصرف: أنَّه يبطل العقد فيما لم يقبض، وفي الباقي روايتا تفريق الصفقة، وهذا تفريق في الدوام، إلَّا أن يقال: القبض في الصرف شرط لانعقاد العقد، لا لدوامه، وأنَّ العقد مراعىً بوجوده، كما صرَّح به جماعة من الأصحاب؛ فيكون التفريق حينئذ في الابتداء؛ غير أنَّ القاضي في «خلافه» حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السَّلَم

(١) ينظر: مسائل ابن منصور (٤/ ١٥٢٢).
(٢) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ) و(ن): هنا.

والصرف، مع تصريحه في المسألة: بأنَّ القبض شرط للدوام دون الانعقاد، وهذا يقتضي - ولا بدَّ - تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دوامًا قبل استقرار العقد.

وذكر أبو بكر في «الشافي»: أنَّ مال الزكاة إذا بِيع ثمَّ أعسر البائع بالزكاة؛ فللساعي الفسخ في قدرها، فإذا فسخ في قدرها؛ فهل ينفسخ في الباقي؟ يُخرَّج على روايتي تفريق الصفقة.

وهذا تصريح بإجراء الخلاف في التفريق في الدوام؛ فإنَّ الفسخ هنا بسبب سابق على العقد؛ فلا يستقرُّ العقد معه، فهذا في البيع ونحوه.

فأمَّا في النكاح:

فإن طرأ ما يقتضي تحريم إحدى المرأتين بعينها؛ كردَّة أو رضاع؛ اختصَّت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف.

وإن طرأ ما يقتضي تحريم الجمع بينهما:

فإن لم يكن لإحداهما مزيَّة على الأخرى، بأن صارتا أختين بإرضاع امرأة واحدة لهما؛ انفسخ نكاحهما.

وإن كان لإحداهما مزيَّة؛ بأن صارتا أمًّا وبنتًا بالإرضاع؛ فروايتان، أصحُّهما: يختصُّ الانفساخ بالأمِّ وحدها إذا لم يدخل بهما؛ لأنَّ الاستدامة أقوى من الابتداء، فهو كمن أسلم على أمٍّ وبنت لم يدخل بهما؛ فإنَّه يثبت نكاح البنت دون الأم، والله أعلم.

وصلَّى الله على محمد وآله وصحبه وسلَّم تسليمًا[(١)].

(١) قوله: (وصلَّى الله على محمد وآله وصحبه وسلَّم تسليمًا) سقطت من (ب) و(ج) و(د) و(و) و(هـ) و(ن).

=

= جاء في آخر (أ): (بلغ مقابلةً بالأصل، صحَّحتها عليه بحسب الإمكان في مجالس، وذلك في شهر ذي القعدة، سنة ثمان وسبعين وسبع مائة، وكتبه مؤلِّفه عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي عفا الله عنه، والحمد لله وحده، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم).

وجاء فيها أيضًا: (ثم قوبلت هذه النسخة على نسخة قرئت على المصنف، فزيد فيها أشياء كثيرة، فصحت بحسب الطَّاقة والإمكان، وذلك في مجالس آخرها في شهر القعدة سنة ثلاث وثمانين وسبع مائة، والحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم. كانت هذه النسخة المباركة من تلاميذ ابن رجب كما وجدته في هامش تلك القواعد).

وجاء في (ب): (بلغ مقابلة لجميع الكتاب بأصلي الذي بخطي بحضوري، وذلك مجالس، آخرها عاشر شوال سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة، وكتبه مؤلفه عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي عفا الله عنه، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم).

فهرست كتاب

تقرير القواعد وتحرير الفوائد في الفقه

للإمام الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن رجب البغدادي

جمع الشيخ الإمام العالم العلامة الأوحد

جلال الدين أبي الفرج نصر الدين البغدادي الحنبلي

تغمده اللّٰه برحمته وأسكنه فسيح جنته آمين

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإنه لما كان كتاب «**تقرير القواعد وتحرير الفوائد**» للعلامة ابن رجب البغدادي الحنبلي أعجوبة من أعجيب الدهر الفريدة، حاويًا للقواعد والضوابط المفيدة، مستوعبًا لفروع فقهية عديدة؛ كان من الضروري جمع شتات هذه المسائل والأصول، وترتيبها حسب الأبواب والفصول، ليسهل الوصول إليها، ويبني الطالبُ الأصولَ عليها.

وممن قام بذلك: الإمام جلال الدين أبو الفرج نصر الدين البغدادي الحنبلي رحمه الله باستخراج المسائل وترتيبها على أبواب الفقه.

أولاً: نسبة الكتاب لمؤلفه:

اختلف النسخ الخطية في اسم مصنف الفهرست، ومما وقفنا عليه:

١- جلال الدين أبو الفرج نصر الدين البغدادي الحنبلي - ولم نجد له ترجمة.

ورد ذلك في نسخة مكتبة ولي الدين أفندي وهي النسخة (و) المعتمدة في تحقيق القواعد لابن رجب، وكان الفراغ من نسخها سنة ستٍّ وثمانين وألف.

جاء في أولها: (هذه فهرست كتاب تقرير القواعد، وتحرير الفوائد في الفقه للإمام الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن رجب البغدادي، جمع الشيخ الإمام العالم العلامة الأوحد جلال الدين أبي الفرج نصر الدين البغدادي الحنبلي، تغمده الله برحمته، وأسكنه فسيح جنته).

ولعله هو جلال الدين نصر الله البغدادي الآتي ذكره، وتصحفت كنيته من أبي الفتح إلى أبي الفرج، كما سيأتي في الكلام عنه، والله أعلم.

٢- أبو عبد الله محمد المقدسي.

ورد ذلك في آخر نسخة الشيخ سليمان البسام، وهي النسخة (أ) المعتمدة في تحقيق القواعد لابن رجب.

ورد في آخرها: (إنه الكريم الوهاب، وقد تم وكمل ما جمعه العبد الفقير إلى الله تعالى، أقضى القضاة ناصر الدين، مفتي المسلمين، ولي أمير المؤمنين، أبو عبد الله محمد المقدسي الحنبلي رحمه الله تعالى، لنفسه ليسهل عليه الكشف من القواعد المذكورة).

٣- جلال الدين نصر الله بن أحمد التستري، البغدادي، أبو الفتح (ت ٨١٢ هـ)، ولعله والد محب الدين أحمد بن نصر الله صاحب الحاشية على القواعد.

قال الشيخ بكر بوزيد في المدخل (٢/٤٠٦): (وعلى هذا الترتيب اعتمد محمد أمين الخانجي في وضع فهرس فقهي لفروع الكتاب، وعول في ذلك على نسخة خطية نابلسية).

٤- جاء في بعض النسخ ولم يذكر اسم مؤلفها، ومن ذلك نسخة محفوظة في مكتبة الرياض العامة برقم (٨٦/ ٤٣١).

ولما كان هذا الاختلاف، اعتمدنا ما في النسخة (و) لكونه ذكر الاسم فيها كاملاً.

ثانيًا: طريق المصنف في فهرسته:

١- جمع الفروع الفقهية في الباب الذي يناسبها، مبتدئًا بباب المياه والآنية، ومختتماً بكتاب العتق وما يتعلق به، وأردفها بذكر الفوائد التي ذكرها الحافظ ابن رجب في آخر كتابه مختصراً لها.

٢- رتب الفروع الفقهية في الباب الواحد بحسب رقم القاعدة التي ذُكرت فيه في الجملة، لا على وفق ترتيب الفقهاء، فيبدأ بباب المياه، ثم يذكر الفروع المرتبطة بالباب في القاعدة الأولى - إن وجدت - ثم القاعدة الثانية والثالثة، وهكذا.

٣- ذكر الفروع التي تدخل في القاعدة أصالة، وهي التي يذكرها الحافظ ابن رجب بقوله: (ومنها: . . .)، وأما ما يذكره قياسًا أو تفريعاً لبعض المسائل، فلم يورده في الفهرس.

٤- يشير إلى الفرع الفقهي باختصار، ويذكر بجانبه رقم القاعدة بحساب الجمل.

٥- يورد الفروع التي أوردها الحافظ ابن رجب في القواعد الملحقة تحت رقم القاعدة السابقة لها.

ثالثًا: عملنا في الكتاب:

١- استبدلنا الحروف التي تشير إلى رقم القاعدة بذكر رقمها والمجلد والصفحة التي ذكرت فيه.

٢- إذا ذكر المصنف الفرع الفقهي باختصار مخل؛ أضفنا بعض الكلمات من أصل الكتاب بين [] بخط أحمر: ليتضح المراد به.

٣- تتبعنا الفروع الفقهية التي فاتت المصنف، مما يذكر تحت القاعدة أصالة، وأثبتناها في موضعها المناسب بين [] بالخط الأحمر؛ استكمالاً لما قصده المصنف، وقد بلغت (١٠٣) فرعًا.

٤- اعتمدنا في تحقيق الكتاب على نسختين:

الأولى: ما جاء في آخر النسخة (أ) التي اعتمدناها في تحقيق القواعد لابن رجب، وتقع في (٢٥) ورقة، وهو مستقل في مصورة جامعة الإمام برقم (١١٩/ف).

الثانية: ما جاء في أول النسخة (و) المعتمدة في تحقيق القواعد لابن رجب،وهي نسخة مكتبة ولي الدين أفندي في المكتبة السليمانية في تركيا، ورقمها (١٤٢١)في (١٩) ورقة، وتقدم الكلام عليها.

والحمد لله رب العالمين

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله صحبه أجمعين، وبعد:

فإنه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد؛ للشيخ الإمام العلامة زين الدين ابن رجب الحنبلي تغمده الله برحمته مطولًا اجتهدت في جمع مسائله حسب الإمكان، ورتبتها على أبواب الفقه من مشاكلة المسائل ومناسبة بعضها بعضًا، لا على ترتيب أصل الكتاب، وذلك لتسهيل الكشف منه، فإذا أردت أن تعرف كل مسألة من أي القواعد هي؛ فانظر إلى حرف الجمل الكبير مرموزة بالأحمر عقيب كل مسألة، مثال ذلك: إذا كان عقيب المسألة (ق ن ج)(١)، فاعلم: القاف بمائة، والنون بخمسين، والجيم بثلاثة، فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة في القاعدة المذكورة إن شاء الله تعالى(٢).

(١) وقد استبدلنا الأحرف بذكر رقم القاعدة والصفحة.

(٢) وأضفنا بعض المسائل التي فاتت المصنف رحمه الله تعالى، وجعلناها بين معقوفتين باللون الأحمر.

فهرس الموضوعات

أبواب الوضوء والغسل والتيمم والمسح

باب الحيض

كتاب الصلاة وما يتعلق بها

باب الجنائز

باب الزكاة

(١) زيادة من (أ).

كتاب الصيام

كتاب الحج

(١) زيادة من (أ).

كتاب البيع

باب بيع الأصول والثمار

باب السلم

باب الرهن

باب الحجر والتفليس

باب الصلح

باب الحوالة والضمان

باب الشركة

باب الوكالة

باب الإقرار

باب العارية

باب الغصب

باب الشفعة

باب المساقاة والمزارعة

باب الإجارة

باب إحياء الموات والجعالة(١)

باب الوقف

(١) هذا الباب زيادة من (أ).

باب الهبة

باب اللقطة واللقيط

باب الوصايا والمواريث

(١) قوله: (إجازة الوصية. الوصية لجاره محمد) هو في (أ): (إجازة الوصية لجاره محمد).

باب الوديعة

باب الفيء والصدقة

كتاب النكاح وما يتعلق به

(١) زيادة من (أ).

(١) زيادة من (أ).

أبواب الخلع والطلاق والرجعة

(١) زيادة من (أ).

(١) سقط من (أ).

(١) زيادة من (أ).

باب العدد

باب الرضاع والنفقة

باب الجراح ومايتعلق به

(١) زيادة من (أ).

(١) زيادة من (أ).
(٢) زيادة من (أ).
(٣) زيادة من (أ).

باب الحدود

(١) سقط من (أ).

باب الجهاد

(١) زيادة من (أ).

أبواب الصيد والذبائح والأضاحي والأطعمة

باب الأيمان والنذور والكفارات

(١) زيادة من (أ).
(٢) زيادة من (أ).

(١) سقط من (أ).
(٢) سقط من (أ).

باب القضاء والشهادات ومايتعلق بذلك

(١) زيادة من (أ).

(١) في النسخ: (اشتراه)، والمثبت من قواعد ابن رجب.

(١) سقط من (أ).

(١) سقط من (أ).
(٢) زيادة من (أ).
(٣) زيادة من (أ).

كتاب العتق وما يتعلق به

(١) سقط من (أ).

(١) سقط من (أ).
(٢) سقط من (أ).

(١) سقط من (أ).

(فصل) هذه المسائل الملحقة بالقواعد، وعِدَّتها إحدى وعشرون مشتهرة، فيها اختلاف في المذهب، ينبني على الاختلاف فيها فوائد مذكورة في كل مسألة:

---

(١) سقط من (أ).

---

(١) سقط من (أ).

(٢) زيادة من (أ).

تمت الفهرسة

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب(١)

(١) جاء في خاتمة (أ): إنه الكريم الوهاب، وقد تم وكمل ما جمعه العبد الفقير إلى الله تعالى، أقضى القضاة ناصر الدين، مفتي المسلمين، ولي أمير المؤمنين، أبو عبدالله محمد المقدسي الحنبلي رحمه الله تعالى، لنفسه ليسهل عليه الكشف من القواعد المذكورة.

وجاء في خاتمة (و): وكان الفراغ من كتابتها يوم الاثنين المبارك عشرين شهر محرم الحرام سنة ستٍّ وثمانين وألف، على يد الفقير شمس الدين الأزهري غفر الله له ولوالديه ولمن دعا لهم بالمغفرة ولجميع المسلمين. آمين.

فهرس الموضوعات